

Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Richard Altherr

von Trogen AR

Genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Zürich 1980

W. Schneider, Druckerei, Zürich

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Richard Altherr

von Trogen AR

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Zürich 1980

W. Schneider, Druckerei, Zürich



Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Juni 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Für

BRIGITTE ELISABETH

INHALTSVERZEICHNIS

- Abkürzungsverzeichnis	7
- Literaturverzeichnis	9
§ 1 Einleitung	13
I. Vorbemerkungen	13
II. Die Mankohaftung im Rahmen der allgemeinen Arbeitnehmerhaftung	15
III. Fälle der Mankohaftung	16
1. Kapitel: Begriff und Bedeutung der Mankohaftung	18
§ 2 Manko und Mankohaftung	18
I. Der Begriff des Mankos	18
A. Umfassender Mankobegriff	18
B. Eingeschränkter Mankobegriff	19
C. Eigene Ansicht	20
II. Die Mankohaftung	22
A. Begriff	22
B. Sachlicher Anwendungsbereich	23
III. Zusammenfassung	24
§ 3 Die Bedeutung der Mankohaftung	25
2. Kapitel: Die allgemeine Mankohaftung	27
§ 4 Grundlagen	27
I. Die Haftung aus dem Arbeitsvertrag	27
A. Die Normen des Arbeitsvertragsrechts als Haftungsgrundlage	27
B. Die nicht gehörige Erfüllung	30
II. Ausservertragliche Ansprüche des Arbeitgebers	31
§ 5 Anspruchsvoraussetzungen	32
I. Schaden beim Arbeitgeber	32

II. Pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers	32
A. Die Pflichtwidrigkeit	32
B. Ausschluss der Pflichtwidrigkeit	33
1. Einwilligung des Arbeitgebers	34
2. Rechtmässige Handlungen	35
III. Kausalzusammenhang	38
IV. Verschulden	39
A. Einleitung	39
B. Haftung für Vorsatz	41
C. Haftung für Fahrlässigkeit	42
1. Grundsatz	44
2. Konkretisierung des Grundsatzes	47
a) Die Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse	47
b) Die Berücksichtigung des Berufsrisikos	47
aa) Einleitung	47
(1) BRD: Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit	48
(2) CH: Die Berücksichtigung des Berufsrisikos unter dem alten OR	49
bb) Das Berufsrisiko in Art.321e Abs.2 OR	50
cc) Schadensneigung und Verschulden	51
(1) Die gefahrbehaftete Tätigkeit	51
(2) Erfordernis der Einwirkung auf die Schadensentstehung	53
dd) Berufsrisiko und Mankohaftung	54
ee) Auswirkungen auf das Mass der Sorgfalt	57
ff) Die Beweislast	58
c) Die Berücksichtigung der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers	58
V. Zentrale Bedeutung der Anspruchsvoraussetzungen der Pflichtwidrigkeit und des Kausalzusammenhangs	61
A. Bestehende gesetzliche Regelung der Verschuldenshaftung	61
B. Ablehnung einer Spezialnorm de lege ferenda	62

VI. Zusammenfassung	63
§ 6 Haftung einer Mehrheit von Arbeitnehmern	64
I. Beim Subordinationsverhältnis	64
A. Einleitung	64
B. Haftung für Hilfspersonen	65
II. Bei Vertretung	68
III. Haftung nur bei eigenem Verschulden	69
§ 7 Die Beweislast	70
I. Die Beweislastverteilung	70
II. Die Bedeutung des Art.343 Abs.4 OR	74
III. Zusammenfassung	76
3. Kapitel: Besondere Mankovereinbarungen	77
§ 8 Allgemeines	77
§ 9 Der Inhalt von Mankoabreden	78
I. Eigentliche Haftungsvereinbarungen	78
A. Verschärfung der Haftung	78
B. Beschränkung der Haftung	80
C. Beweislastverträge	80
II. Nebenabreden	82
A. Mankokassen, Mankogelder und Mankospannen	82
B. Verrechnung mit Ueberschüssen	85
C. Kautionen	86
III. Grenzen der Zulässigkeit von Mankovereinbarungen	
IV. Zusammenfassung	91
4. Kapitel: Rechtsfolgen	92
§ 10 Die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers	92
I. Zur Schadensberechnung	92
II. Umfang des Schadenersatzes	93
A. Grundsatz	93

B. Herabsetzungsgründe	94
1. Reduktion der Schadenersatzpflicht nach Art.44 Abs.1 OR	94
a) Selbstverschulden des Geschädigten	94
aa) Fehlerhafte Betriebsführung	94
bb) Ueberforderung des Arbeitnehmers	95
cc) Uebrige Fälle	96
b) Weitere "Umstände"	96
c) Einwilligung des Geschädigten	97
2. Notlage des Arbeitnehmers	97
C. Die generelle Haftungsbeschränkung	98
1. Das Problem	98
2. Vorschläge zur Neuregelung der Arbeitneh- merhaftung und Rechtsprechung zur generel- len Haftungsbeschränkung	98
3. Kritik und Lösungsvorschlag	99
III. Verrechnung	101
IV. Verjährung	102
V. Zusammenfassung	104
§ 11 Auflösung des Arbeitsverhältnisses	106
I. Die fristlose Kündigung	106
II. Die ordentliche Kündigung	108
§ 12 Disziplinar massnahmen	109
Schlussbemerkungen	111
I. Die Mankohaftung in der Praxis	111
II. Kritische Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung der Mankohaftung	111

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG (BRD)
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei, Handbuch für die Praxis (Stuttgart)
ArbRspr.	Die Rechtssprechung in Arbeitssachen (Deutsch- land)
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Deutschland)
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Ver- ordnungen
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeits- rechtliche Praxis (Köln)
BAG	Bundesarbeitsgericht (Kassel, BRD)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BB1	Bundesblatt (Bern)
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BRD)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesge- richts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Neuwied/Rhein)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb, Zeitschrift für Betriebswirt- schaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Ar- beitsrecht (Düsseldorf)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation

EAV	Einzelarbeitsvertrag
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LAG	Landesarbeitsgericht (BRD)
m.E.	meines Erachtens
N (FN)	Note (Fussnote)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NZArbR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Deutschland)
ObGer	Obergericht
OR	BG über das Obligationenrecht (30. November 1911/ 18. Dezember 1936)
RAG	Reichsarbeitsgericht (Deutschland)
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts (München)
SAZ	Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
StenBull	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundes- versammlung, NR: Nationalrat; StR: Ständerat
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (21. Dezember 1937)
TV	Tarifvertrag
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Köln)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (10. Dezember 1907)
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

LITERATURVERZEICHNIS

- BARTON, Erich: Die Mankohaftung von Filialleitern, Sozialwissenschaftliche Abhandlungen Nr. 8 (Berlin 1961)
- BECKER, Hermann, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht VI/1.Abt. (2.A. Bern 1941); 2.Abt. (Bern 1934)
- BLEISTEIN, Franzjosef: Die Mankohaftung des Arbeitnehmers, DB 1971, 2213 ff.
- BOENI, Urs: Der Begriff des Arbeitskampfes und dessen Folgen für das Arbeitsverhältnis (Diss. Basel 1970)
- BOLDT, Gerhard/DURAND/HORION/KAYSER/MENGONI/MOLENAAR: Streik und Aussperrung, Sammlung des Arbeitsrechtes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, V (Luxemburg 1961)
- BOTSCHAFT des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. August 1967, BBl 1967 II, 241 ff. zit. BOTSCHAFT
- BRUEHWILER, Jürg: Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag (Bern 1978)
- BRUNNER, Andreas, B.: Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages (Bern 1979)
- BULLA: Mankohaftung des Arbeitnehmers, DB 1952, 58 ff., 81 ff.
- Schadensausgleich im Arbeitsverhältnis, DAR 1942, 19 ff., 34 ff.
- vonBUEREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964)
- BUTZ, Hans: Schadenshaftung des Arbeitnehmers, "Ganz- oder Garnicht"-Haftung auch im Arbeitsverhältnis, DB 1950, 614 f.
- CANNER, Rudolf: Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht I und II (Zürich/München 1971/Zürich 1972)
- ENDEMANN, Helmut: Die Mankohaftung des Arbeitnehmers, AuR 1953, 297 ff.
- FILLIETAZ, Jean: Wegweiser durch das neue Arbeitsvertragsrecht, Schriftenreihe Unternehmensführung im Gewerbe, Nr.5 (Bern 1975)
- FLUEHMANN, Adrian: Die Auswirkung von Arbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht (Bern 1976)
- FREY, Erich: Die unzureichende Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers, BB 1960, 411 ff.
- FUEGLI, Hans: Die Sozialleistungen in den Gesamtarbeitsverträgen (Diss. Basel 1952)

- GALPERIN, H.: Haftung des Arbeitnehmers bei positiver Vertragsverletzung, insbesondere in Fällen schadensgeneigter Arbeit, AR-Blattei, Haftung des Arbeitnehmers III.
- GAMILLSCHEG, Franz/HANAU, Peter: Die Haftung des Arbeitnehmers (2.A.Karlsruhe 1974)
- GAUTSCHI, Walter: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen (Zürich 1913)
- GUHL, Theo/MERZ/KUMMER: Das Schweizerische Obligationenrecht (6.A. Zürich 1972)
- GULDENER, Max: Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht (Zürich 1955)
- GYSIN, Arnold: Arbeitsrecht (Zürich 1943)
- HUECK, Alfred/NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2 Bde. (7.A. Berlin und Frankfurt 1963-1970)
- HUG, Walther: Die Revision des Dienstvertragsrechts, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St.Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965 (Bern 1965) 187 ff.
- IZVEREN, Adil: Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht (Diss. Zürich 1952)
- KELLER, Alfred: Haftpflichtrecht im Privatrecht (Bern 1970, unveränderte 2.A. 1971)
- KLEBBA, W.: Kassenmanko und Mankohaftung, BlStSozAR 1952, 254 f.
- KLINGLER: Arbeitsgericht bestätigt Mankohaftung, Der Verbraucher 1955, 690
- Mankohaftung, ein Grundsatz der Rechtsprechung, Der Verbraucher 1956, 150 f.
- LANG, Otto: Kommentar zum Dienstvertrag des schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Aarau 1930)
- LANGER, Karl: Die Mankohaftung (Hamburg 1957)
- MEIER, Kurt: Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers (Bern 1978)
- MOSER, Heinz: Die Haftung des Filialleiters (Mankohaftung), BB 1966, 372 ff.
- OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I : Allgemeiner Teil (4.A. Zürich 1975)
- OSER, H./SCHOENENBERGER: Kommentar zum Obligationenrecht, I/II (2.A. Zürich 1929/1936)
- PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch (37.A. München 1978)
- PALME, Antoine: Zur Mankohaftung des Arbeitnehmers, BlStSozAR 1964, 154 ff.

- REHBINDER, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979)
- REINECKE, Gerhard: Die Mankohaftung des Arbeitnehmers, ZfA 1976, 215 ff.
- RUPPERT, Werner: Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit (Diss. Köln 1958, 2.A. 1961)
- SCHENK, Peter: Der Einzelarbeitsvertrag (Zürich 1973)
- SCHOOP, René: Ueber das neue Arbeitsvertragsrecht (St.Gallen 1973)
- SCHWEINGRUBER, Edwin/LANG, Otto: Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts (Bern/Zürich 1951)
- SCHWEINGRUBER, Edwin: Das Arbeitsrecht der Schweiz (2.A. Zürich 1951)
- Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Bern und Zürich 1976) zit. Kommentar
- SOERGEL /SIEBERT: Kommentar zum BGB III: Schuldrecht II (10.A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969)
- STREIFF, Ullin: Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht (3.A. Zürich 1975)
- STRITZKE, O.: Mankohaftung und Mankovergütung in Filialgeschäften, NZArbR 1929, 23 ff.
- TOMANDL, Theodor: Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (Wien 1965)
- TRESCHER: Zur Mankohaftung des Verteilungsstellenleiters, Der Verbraucher 1953, 285 f.
- vonTUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I (3.A. Zürich 1974)
- vonTUHR/ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II (3.A. Zürich 1974)
- VISCHER, Frank: Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd.VII/1 (Basel und Stuttgart 1977) 279 ff.
- WALDER, Hans Ulrich: Die Offizialmaxime. Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht (Zürich 1973)
- WOLTERECK, Frank: Ersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer bei Mankoschäden (Diss. Hamburg 1963) zit. Ersatzansprüche
- Probleme der Schadensberechnung in Mankofällen, BB 1963, 901 ff.

- Die Anwendbarkeit der Lehre vom innerbetrieblichen Schadensausgleich auf die Mankohaftung, RdA 1963, 314 ff.
- Haftung einer Mehrheit von Arbeitnehmern für denselben Schaden, BB 1963, 1180 ff.
- Massstäbe für die Schadensverteilung beim innerbetrieblichen Schadensausgleich, DB 1964, 1263 ff.
- Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, Schriftenreihe Arbeitsrecht Nr.1 (München 1966) zit. Mankohaftung

ZWEIFEL, Ernst: Der wilde Streik (Bern 1977)

§ 1 Einleitung

I. Vorbemerkungen

Je leichter ein Schaden messbar, je einfacher er nachweisbar ist, desto näher liegt es für den Geschädigten, einen Verantwortlichen zu suchen und diesen zur Rechenschaft zu ziehen. Die Suche nach einem Schadenersatzpflichtigen trifft häufig einen Arbeitnehmer, der für ein Manko haftbar gemacht wird¹. Obwohl praktisch jeder Arbeitnehmer derartiger Mankohaftung ausgesetzt sein kann², ist bisher in der schweizerischen Literatur und Judikatur äusserst wenig über die Mankohaftung zu finden³, während in der BRD die rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Diskussion hierüber seit Jahrzehnten mit fast unverminderter Intensität geführt wird⁴.

Immerhin hat man seit der letzten Revision des Arbeitsvertragsrechts⁵ der Arbeitnehmerhaftung etwas mehr Beachtung geschenkt, obwohl in Art. 321e OR⁶ -abgesehen von der aus-

¹ Dabei wird nicht selten den (weiteren) Voraussetzungen einer Inanspruchnahme (u. § 5) sowie den Gründen, die zur Herabsetzung der Schadenersatzpflicht führen (u. § 10 II B), zu wenig Beachtung geschenkt.

² Vgl. u. § 1 III.

³ Vgl. BRUEHWILER N 1 ff., insbesondere N 5e zu Art. 321e OR; KELLER 346 f.; REHBINDER § 8 A III, C II; SCHENK 128 ff.; SCHWEINGRUBER/LANG, Kommentar N 7 und 8 zu Art. 321e OR; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 1 ff., insbesondere N 5 zu Art. 321e OR; VISCHER 360 f.

⁴ Vgl. u. § 1 FN 15.

Die Meinungen weichen in wesentlichen Punkten allerdings stark voneinander ab und die Judikatur bietet "kein auch nur einigermaßen geschlossenes Bild" (WOLTERECK, Mankohaftung 13).

⁵ BG über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. Juni 1971 (in Kraft seit 1. Januar 1972).

⁶ Marginale: Haftung des Arbeitnehmers.

drücklichen Nennung des 'Berufsrisikos'⁷ - gegenüber Art.328 aOR keine wesentlichen Neuerungen eingeführt wurden⁸. Die Probleme, die sich bei der Anwendung der gesetzlichen Regelung stellen, sind deshalb auch weitgehend dieselben geblieben. Was die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung anbelangt, wird wie bis anhin lediglich die Schadenersatzpflicht angeführt⁹. Für die Bemessung des Schadenersatzes sind auch weiterhin die Normen der Art.99, 43 und 44 OR heranzuziehen, wobei -gerade in Fällen einer Mankohaftung- nicht selten die schuldhafte Mitverursachung seitens des Arbeitgebers vernachlässigt wird¹⁰. Unbestritten ist, dass die genannten Bestimmungen eine generelle Haftungsbeschränkung zwar zulassen, aber nicht verlangen¹¹; die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit hat in jüngster Zeit berechtigte Kritik ausgelöst¹². Im übrigen unterliess es der Gesetzgeber, für die Haftung des Arbeitnehmers eine eigene Beweislastregel aufzustellen, so dass die für eine Verschuldenshaftung unbefriedigende Regelung des allgemeinen Vertragsrechts¹³ anzuwenden ist¹⁴.

⁷Vgl.u. § 5 IV C 2 b.

⁸Zu den Aenderungen vgl.u. § 5 IV C 1.

⁹Wohl sieht Art.337 OR die Möglichkeit der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen vor (u. § 11 I); diese Norm kommt allerdings bei Sorgfaltsverletzungen mit Recht selten zur Anwendung (vgl. IZVEREN 15).

¹⁰Vgl. BLEISTEIN, DB 1971, 2213; u. § 10 II B 1 a.

¹¹Vgl. den Bericht des Gewerbl. Schiedsgerichtes Basel-Stadt über die Rechtsprechung im Jahre 1973 in SAZ 1975 Nr.45 und BJM 1974, 253.

¹²Vgl. MEIER 71; u. § 10 II C.

¹³Art.97 Abs. 1 OR.

¹⁴Das Verschulden wird gemäss Art.97 OR präsumiert (vgl.u. § 7 I).

II. Die Mankohaftung im Rahmen der allgemeinen Arbeitnehmerhaftung

Die Mankohaftung¹⁵ umfasst als Teilgebiet der Arbeitnehmerhaftung die Inanspruchnahme für Vermögensschäden¹⁶, die durch Fehlbeträge bzw. Fehlbestände bei anvertrauten Geldern und Waren entstanden sind. Eine der Besonderheiten der Mankohaftung liegt darin, dass die Gefahr einer vorsätzlichen Schädigung gross ist und die unerlaubte Handlung als Ursache eines Fehlbestandes regelmässig in Betracht gezogen werden muss¹⁷. Diese Ueberlegung war wohl mit massgebend für die Sonderbehandlung, die der Mankohaftung seit jeher in der BRD zuteil wurde¹⁸, eine Sonderbehandlung, die ganz unverdientermassen erfolgte¹⁹: Es ist nämlich nicht bloss darauf zu achten, dass durch die Rücksichtnahme auf die Eigenheiten, die der Mankohaftung innewohnen, der Zusammenhang mit dem allgemeinen Recht der Arbeitnehmerhaftung nicht verlorenggeht; darüber hinaus hat man jede spezielle Behandlung der Fälle einer (allgemeinen) Mankohaftung zu verhindern: Sowohl bezüglich der Voraussetzungen einer Inanspruchnahme des Arbeitnehmers und der Rechtsfolgen einer schuldhaften Schadensverursachung als auch in

¹⁵ Vgl. die o. in FN 3 zit. Lit.

Für das deutsche Recht: BARTON; BULLA 58 f., 81 f.; ENDEMANN 297 ff.; KLEBBA 254 f.; LANGER; MOSER 372 ff.; PALME 154 ff.; REINECKE 215 ff.; WOLTERECK, Mankohaftung, passim.

¹⁶ Zur Definition vgl.u. § 2 I.

¹⁷ REINECKE 223.

¹⁸ So wird die Befürchtung eines Verlustes der Präventionswirkung mit dazu beigetragen haben, dass die Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit nicht immer zur Anwendung gelangten (vgl. REINECKE 222).

¹⁹ Nach WOLTERECK, Mankohaftung 13 wird die Mankohaftung in der deutschen Literatur z.T. als exklusives Sondergebiet empfunden; sie sei aber "wieder voll in das allgemeine Recht der Arbeitnehmerhaftung" einzugliedern.

prozessualer Hinsicht²⁰ stellt die Mankohaftung ein Anwendungsfall der allgemeinen Arbeitnehmerhaftung dar.

Aufgrund der erwähnten Einschränkung ist die Mankohaftung nicht für alle Arbeitnehmer gleichermaßen von Bedeutung²¹; die nachstehenden Ausführungen werden aber zeigen, dass ein enorm grosser Arbeitnehmerkreis dafür in Frage kommt. Zum besseren Verständnis der vorliegenden Arbeit ist es nützlich, typische Fälle der Mankohaftung (mit den möglichen Mankoursachen) in Gruppen zusammenzufassen.

III. Fälle der Mankohaftung

Die Fälle, in denen die Haftung des Arbeitnehmers für ein Manko zu prüfen ist, lassen sich in vier Gruppen zusammenfassen:

1. Die Haftung für Kassenfehlbeträge (die durch Verzählen und falsches Herausgeben, aber auch durch unberechtigte Entnahmen seitens des Kassiers, des Arbeitgebers, der Mitarbeiter, Hilfspersonen oder unbeteiligter Dritter entstehen können).
2. Die Haftung für Warenfehlbestände in Geschäften und Lagern. (Als Mankoursachen sind auch hier die unberechtigten Entnahmen, v.a. aber die unzähligen natürlichen Ausfälle²² zu nennen.)

²⁰ Zu Unrecht nimmt nämlich die Mankohaftung auch in prozessualer Hinsicht für viele eine Sonderstellung ein (vgl. PALME 155; RUPPERT 67 ff.).

²¹ Von besonderer Bedeutung ist die Mankohaftung auf der Arbeitnehmerseite für Kassierer, Kassenleiter, Abteilungsleiter in Warenhäusern, Filialleiter und Verteilungsstellenleiter, Verkäufer, Lagerverwalter, Tankstellenleiter, Verkaufsfahrer, Reisende mit Inkassovollmacht und Transporteure, mitunter aber auch für die Arbeitnehmer, denen zur Ausführung der Arbeit Geräte, Werkzeuge etc. zur Verfügung gestellt werden. Auf der Arbeitgeberseite kann die Mankohaftung für

3. Die Haftung für Fehlbestände an den zur Ausführung der Arbeit übergebenen Gegenständen (wobei Schäden durch Verlieren, Zerstören infolge unsachgemässer Behandlung, Beiseiteschaffen oder natürlichen Verschleiss auftreten können).
4. Die Haftung für Fehlbestände bzw. -beträge an Waren oder Geldern, die zum Transport übergeben wurden. (Solches Gut kann verlorengehen, liegengelassen oder beiseitegeschafft werden.)

alle Geldinstitute, Konsumgenossenschaften, Detailhandelsbetriebe sowie für den lagerhaltenden Handel von erheblicher Bedeutung sein.

²² Wie Warenschwund, Verderb etc.; vgl. u. § 2 I C a.E.

1. Kapitel: Begriff und Bedeutung der Mankohaftung

§ 2 Manko und Mankohaftung

I. Der Begriff des Mankos

Unter einem Manko ist der Schaden¹ zu verstehen, den der Arbeitgeber dadurch erleidet, dass der dem Arbeitnehmer anvertraute² Warenbestand eine Fehlmenge oder die anvertraute Kasse einen Fehlbetrag aufweisen³. Das Manko stellt somit die Differenz zwischen Soll- und Istbestand der vom Arbeitnehmer verwalteten Vermögenswerte des Betriebes dar⁴.

A. Umfassender Mankobegriff

Von den deutschen Autoren bezeichnen einige als Manko jeden Schaden an den dem Arbeitnehmer anvertrauten Gütern, gleichgültig, ob der Arbeitgeber tatsächlich Eigentümer war⁵. Desgleichen trennen sie das Manko von dessen Ursachen, so dass auch Fehlmengen als Manko bezeichnet werden, die als Folge unerlaubter Handlungen (bzw. Delikten) oder Eingriffe Dritter oder durch natürliche Einbussen⁶ entstanden sind.

¹ Jede tatsächliche Vermögensverminderung.

² Der hier verwendete Begriff des "Anvertrautseins" deckt sich mit dem strafrechtlichen: Nach der Auslegung des Bundesgerichtes ist eine Sache demjenigen anvertraut, der sie mit der Verpflichtung empfängt, sie in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden, sie insbesondere zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern (BGE 88 IV 18; 94 IV 139). Klar ist die Formulierung von SCHULTZ, für den "anvertraut ist, was mit rechtlich beschränkter Verfügungsbefugnis überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle der Verwendung möglich oder üblich ist" (SCHULTZ, ZBJV 98, 112).

³ Vgl. die entsprechenden Definitionen bei BARTON 33; ENDEMANN 297; PALME 154; REINECKE 216; WOLTERECK, Mankohaftung 15.

⁴ BARTON 33.

B. Eingeschränkter Mankobegriff

Andere versuchen dagegen, den Begriff des Mankos in subjektiver oder objektiver Hinsicht einzuschränken⁷:

a) So wird die Meinung vertreten, als Manko sei der wirtschaftliche Schaden aufzufassen, den der Arbeitgeber durch Fehlbestände an "eigenen Sachgütern"⁸ erleide. Damit sollen die Fälle ausgeklammert werden, in denen der Arbeitgeber Waren zur Veräußerung, Verwaltung oder Verwahrung überlässt, die nicht in seinem, sondern in eines anderen Eigentum stehen.

b) In objektiver Hinsicht wird der Begriff des Mankos bisweilen eingeschränkt, indem Fehlmengen unberücksichtigt bleiben, die auf natürlichem Warenschwund, Zugaben an den Käufer, Einwiegen usw.⁹ oder auch auf unerlaubten Handlungen beruhen. Die Befürworter einer Einschränkung in diesem Sinne glauben, der für das Manko massgebliche Fehlbestand hätte nicht einem gewöhnlichen Geschäftsvorgang zu entsprechen oder müsse jedenfalls den Umfang überschreiten, der durch den gewöhnlichen Geschäftsvorgang verursacht zu werden pflegt¹⁰.

⁵Vgl. BARTON 33 f.; REINECKE 216; WOLTERECK, Mankohaftung 15 ff.

⁶Vgl. u. § 2 I B .

⁷So ENDEMANN 297; RUPPERT 42 FN 31.

⁸ENDEMANN 297.

⁹ENDEMANN 297; PALME 154; RUPPERT 42 FN 31.

¹⁰Nur dann handelt es sich um ein "echtes" Manko (so PALME und RUPPERT ebd.).
Nicht richtig ist die Annahme, der Fehlbetrag dürfe nicht schon vor Uebernahme der Kasse, der Fehlbestand nicht vor Uebernahme des Warenlagers entstanden sein (PALME 154); ein Manko liegt nämlich auch dann vor. Später stellt sich allerdings die Frage nach der Ursache.

C. Eigene Ansicht

Meiner Ansicht nach sollte allein die Vermögenseinbusse¹¹ des Arbeitgebers entscheidend sein, so dass es für den Begriff des Mankos nicht darauf ankommt, ob der Schaden an eigenen oder fremden Sachgütern entstand. Eine Einschränkung in subjektiver Hinsicht ist somit abzulehnen, weil das Vermögen des Arbeitgebers auch vermindert wird, wenn dieser einem Dritten für fehlende Waren Ersatz leisten muss¹². Ist die Vermögensverminderung entscheidendes Kriterium, versteht es sich von selbst, dass rein rechnerische Minderbeträge hier ausser Betracht fallen¹³.

Es erscheint ferner als äusserst unzweckmässig, den Begriff des Mankos von der Frage abhängig zu machen, wer (oder allenfalls was) das Entstehen verursacht, oder gar davon, wer es verschuldet hat¹⁴. Eine diesbezügliche Einschränkung

¹¹ Allfällige Falschbuchungen sind zunächst zu korrigieren. Ob der Arbeitgeber den Schaden voraussehen oder gar einkalkulieren konnte, ist unerheblich (vgl. u. § 10 I zur Schadensberechnung); der Arbeitgeber erleidet auch in diesem Falle eine Einbusse (so WOLTERECK, Mankohaftung 16 FN 4; a.M.: BARTON 35 FN 10; von WITZLEBEN, Die Gründe der Schadenstragung im Arbeitsverhältnis (...), Diss. Köln 1956, 117). Werden z.B. in einem Detailhandelsbetrieb die zu erwartenden Manki in den Verkaufspreisen berücksichtigt, fällt gleichwohl der Umsatz bei Vorhandensein eines Fehlbestandes um diesen niedriger aus. Würde man übrigens einen Schaden aufgrund solcher (einkalkulierter) Manki verneinen, könnte der Arbeitnehmer u.U. für unsorgfältige Handlungen - ungeachtet des Verschuldens - nicht mehr haftbar gemacht werden.

¹² Ähnlich LANGER 11; WOLTERECK, Mankohaftung 16.

¹³ Vgl. o. FN 1, 11.

¹⁴ Ähnlich BARTON 33 f.; LANGER 11; WOLTERECK, Mankohaftung 16 ff. A.M.: ENDEMANN 297; RUPPERT 42 FN 31.

führte verschiedentlich zu recht unbefriedigenden Ergebnissen¹⁵: Lässt man den Manki, welchen andere als durch den Arbeitnehmer gesetzte Ursachen zugrunde liegen, eine spezielle Behandlung zuteil werden, muss dies zu einer gleichermassen fragwürdigen wie unnötigen Aufspaltung des Mankobegriffes führen¹⁶. Abgesehen vom fehlenden Nutzen wird man sich nach einer solchen Aufteilung vor praktisch unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten sehen. So musste das Zürcher ObGer in einem Entscheid aus dem Jahre 1963 eine "dritte Kategorie" von Mankoursachen bilden, "deren rechnerische Auswirkung sich aus 'echtem' und 'unechtem' Manko zusammensetzt"¹⁷, was schon deshalb vermeidbar gewesen wäre, weil es in den angeführten Fällen lediglich um die Festsetzung der Schadenshöhe ging¹⁸. Dass unzählige verschiedene Mankoursachen denkbar sind, lässt sich nicht bestreiten, doch muss der ganze Fragenkreis betreffend die Entstehungsgründe bei den Rechtsfolgen und nicht beim Begriff des Mankos¹⁹ von Bedeutung sein. WOLTERECK ist darin beizupflichten, dass der Begriff des Mankos "innerlich verwandte Schadensfälle des Arbeitsrechts zusammenfassen und dadurch mit dazu beitragen (sollte), ihre rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten zu erkennen"²⁰.

¹⁵ Vgl. WOLTERECK, a.a.O., insbesondere FN 10; ObGer Zürich in ZR 62 Nr.89 (U vom 21.5.1963).

¹⁶ Z.B. in "Manki" und "sonstige Fehlbestände" oder in "echte" und "unechte" Manki; vgl. PALME 154; RUPPERT 42; ObGer Zürich in ZR, a.a.O., 266.

¹⁷ ObGer Zürich (FN 15) 268.

¹⁸ "...Wird hier zu viel Ware abgegeben, so wirkt sich dies im Inventar zum vollen Verkaufspreis der Ware aus, während der wirkliche Schaden für die Klägerin nur im Einstandspreis der zu viel abgegebenen Ware besteht" (ebd.).

Vgl.u. § 10 I zur Schadensberechnung.

¹⁹ Vgl.u. 2. Kapitel, insbesondere § 5.

²⁰ WOLTERECK, Mankohaftung 17.

Mit der Zuordnung eines Teils der Manki zur Kategorie der "sonstigen Fehlbestände" oder der "unechten Manki" vermag man zudem nichts über die Haftung auszusagen und will es in der Regel auch gar nicht²¹. Daher ist nur ein möglichst weit gefasster Mankobegriff sinnvoll, der alle Schäden einbezieht, seien sie nun auf natürliche Ausfälle (Warenschwund, Verderb, Bruch, Verluste beim Einwiegen, Abfall, Verschnitt), auf unsachgemäße Behandlung oder auf unerlaubte Handlungen zurückzuführen.

II. Die Mankohaftung

A. Begriff

Mit dem Ausdruck "Mankohaftung" ist jedes Entstehenmüssen für ein Manko gemeint, wobei die Haftung vorwiegend auf der speziellen arbeitsvertraglichen Bestimmung von Art.321e OR und auf den allgemeinen Normen des Vertragsrechts beruht, aber auch etwa auf besonderen Mankovereinbarungen²². Jede Inanspruchnahme für ein Manko als Mankohaftung zu verstehen, ist allerdings nicht unbestritten. So wollte man die Haftung für vorsätzlich begangene unerlaubte Handlungen ausnehmen²³: "In solchen Fällen handelt es sich nämlich im Gegensatz zur Mankohaftung nicht um das Entstehen eines

²¹ Man meint ja mit der Ausklammerung der Fehlbestände, die auf unerlaubten Handlungen beruhen, keineswegs, der Arbeitnehmer habe dafür nicht zu haften. Ähnlich verhält es sich mit den Fehlmengen aufgrund natürlicher Ausfälle: "Mit der Feststellung, ein Manko beruhe auf natürlichem Schwund, ist nämlich die Haftung des Arbeitnehmers noch nicht in jedem Falle verneint. Es lassen sich durchaus Fälle denken, in denen das Verhalten des Arbeitnehmers den Eintritt eines besonders hohen Schwundes begünstigt hat" (WOLTERECK, Mankohaftung 18).

²² Sowohl in GAV wie in EAV (vgl. u. 3. Kapitel).

²³ LANGER 11.

Fehlbetrages durch einen Arbeitnehmer aus seiner Arbeitsleistung"²⁴. Doch wurde diese Meinung von WOLTERECK²⁵ einer begründeten Kritik unterzogen. Solche Einschränkungen sind in der Tat wenig sinnvoll, weil die Ursache für den Begriff des Mankos nicht massgebend und dieses von seinem Entstehungsgrund zu lösen ist²⁶. Man muss daher jede Inanspruchnahme für ein Manko als Mankohaftung ansehen.

B. Sachlicher Anwendungsbereich

Für alle Arbeitnehmer sind bezüglich der Haftungsgrundsätze dieselben Regeln anwendbar. Richtig ist zwar, dass die einzelnen Arbeitnehmer je nach Tätigkeit "Pflichtenkreise verschiedenen Umfanges" haben²⁷. Doch sind bei der Beantwortung bestimmter Fragen immer sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen²⁸. Wenn dementsprechend jeder Haftungsfall eine Sonderstellung einnimmt, dann kann das aber nicht bedeuten, dass die unten näher ausgeführten Haftungsgrundsätze nicht für alle Arbeitnehmer gleichermaßen Anwendung finden²⁹. Der Umfang eines Pflichtenkreises, den eine bestimmte Tätigkeit mit sich bringt, ist beim Mass der Sorgfalt zu berücksichtigen, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, und wirkt sich somit nur auf das Ausmass des Verschuldens aus³⁰.

²⁴ LANGER a.a.O.

²⁵ WOLTERECK, Mankohaftung 18 f.

²⁶ LANGER vertritt diese Ansicht überdies auch.

²⁷ BARTON 36.

²⁸ Vgl.u. § 5 IV C 1.

²⁹ BARTON 36 meint dagegen, es seien Bedenken anzumelden gegen eine uneingeschränkte Gleichstellung, und rügt, dass man allgemein nur von der Mankohaftung spreche. "Inwieweit die hier (für den Filialleiter) zu erörternden Haftungsgrundsätze für den vorgenannten weiteren Arbeitnehmerkreis gelten, kann sich nur aus den jeweiligen Rechtsbeziehungen und Sachverhaltsvoraussetzungen im Einzelfall ergeben" (BARTON 36).

³⁰ Vgl.u. § 5 IV, insbesondere C 2 a und c.

III. Zusammenfassung

Unter einem Manko hat man denjenigen Schaden zu verstehen, den der Arbeitgeber dadurch erleidet, dass die dem Arbeitnehmer anvertrauten Warenbestände eine Fehlmenge oder die anvertraute Kasse einen Fehlbetrag aufweisen.

Ein möglichst weitgefasster Mankobegriff ist vorzuziehen, weshalb Einschränkungen sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht abzulehnen sind: Es darf nicht darauf ankommen, ob der Schaden durch einen Fehlbestand an eigenen oder fremden Sachgütern entstand; ebenso ist das Manko von dessen Ursache zu unterscheiden.

Jede Inanspruchnahme für ein Manko ist als Mankohaftung zu bezeichnen.

Alle Arbeitnehmer sind denselben Haftungsgrundsätzen unterworfen.

§ 3 Die Bedeutung der Mankohaftung

Da die Mankohaftung für alle mit dem Umgang fremder Sachen betrauten Arbeitnehmer, also für einen recht grossen Kreis¹ von Bedeutung sein kann, erstaunt es, dass sie die hiesigen Gerichte so wenig zu beschäftigen vermag, jedenfalls weit weniger als beispielsweise diejenigen der BRD². Allein aus der Anzahl der Gerichtsentscheide lässt sich jedoch nichts ableiten³. Ebenso darf für die Bedeutung der Mankohaftung nichts daraus geschlossen werden, dass diese in Gesamtarbeitsverträgen immer seltener eine Regelung erfährt⁴ und dass häufig die diesbezüglichen einzelarbeitsvertraglichen Bestimmungen lediglich noch in Verweisen auf die gesetzlichen Normen bestehen⁵.

Weil die auf deliktischen Handlungen (wie Veruntreuungen seitens des Arbeitnehmers oder Diebstähle Dritter) beruhenden Manki nur einen Teil aller Schäden ausmachen⁶, wird auch mit Schätzungen solcher Verluste⁷ die wirtschaftliche

¹Vgl. O. § 1 FN 21.

²Vgl. u. a. BLEISTEIN 2213 ff., der zusammenfassend die neuere Rechtsprechung über die Mankohaftung darstellt.

³Der grösste Teil der Arbeitsstreitigkeiten wird hierzu-lande in erster Instanz durch Vergleich erledigt (vgl. die Angaben bei MEIER 32 f. FN 54); daneben spielen die Verbandsschiedsgerichtsbarkeit und der fehlende Kündigungsschutz eine entscheidende Rolle.

⁴Auch in der BRD enthalten fast nur noch die älteren Tarifverträge eingehende Regelungen (vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 20).

⁵Vgl. u. § 9 IV.

⁶Ein beträchtlicher Teil der Manki wird durch unsorgfältige Arbeitnehmer verursacht; ein weiterer beruht auf natürlichen Ausfällen.

⁷Nach Schätzungen (vgl. NITSCHKE, Die Industrie hat Diebeskummer, Die Welt Nr. 234 vom 7.10.1964, 10) gingen Anfang der sechziger Jahre der industriellen Produktion der BRD jährlich etwa vier bis fünf Milliarden DM durch Diebstähle und Unterschlagungen verloren (das waren ca. 1,5 % des gesamten Produktionswertes der Industrie; vgl.

Bedeutung der Mankohaftung nicht zu erfassen sein⁸. Eher noch lässt sich etwas aus den Angaben der Mankoschäden in besonderem Masse ausgesetzten Betriebe gewinnen. So sollen die Manki im Durchschnitt fast ein halbes Prozent des Gesamtumsatzes eines Detailhandelsbetriebes erreichen. Doch es handelt sich bei den Unternehmen, die mir Unterlagen zur Verfügung stellten, vorwiegend um solche, die einen erheblichen Aufwand zur Verhinderung von Mankoschäden treffen⁹.

Die wahre Bedeutung der Mankohaftung ist also nicht festzustellen. Auf jeden Fall aber wird sie erheblich grösser sein, als man bei der Durchsicht der sich mit der Mankohaftung beschäftigenden Gerichtsurteile oder auch bei Betrachtung der einschlägigen Regelungen in Arbeitsverträgen annehmen könnte¹⁰.

WOLTERECK, Mankohaftung 21). Diese Schätzung dürfte zudem nach WOLTERECK, a.a.O. etwas hoch gegriffen sein.

⁸ Schätzungen dieser Verluste sind aufgrund der hohen Dunkelziffer sehr ungenau; die Praxis zeigt, dass ein Arbeitgeber ungern und nur unter besonderen Umständen (Unge-
wissheit über den Deliktsbetrag, Scheitern einer Vereinbarung etc.) Anzeige gegen den Arbeitnehmer erstattet.

⁹ In einem Grossbetrieb des Detailhandels werden z.B. umfassende Instruktionen abgegeben und Kurse für das Kassenspersonal durchgeführt; daneben besteht ein durchdachtes Ueberwachungssystem mit Testkäufen etc. Zusätzlich wurde eine Manko-Kommission eingesetzt:

"§ 1 Zweck der Kommission und ihres Ausschusses: Die Kommission und ihr Ausschuss schlagen die erforderlichen Massnahmen vor, um (...) die idealsten Voraussetzungen für eine auf die Zielsetzung ausgerichtete Inventurbewirtschaftung zu gewährleisten. Als grundsätzliche Zielsetzung gilt die Reduktion der Inventarmanki (...)" (Regulativ 'Mankokommission').

¹⁰ Ähnlich WOLTERECK, Ersatzansprüche 9.

2. Kapitel: Die allgemeine Mankohaftung

Es ist grundsätzlich der Fall des Fehlens besonderer Mankovereinbarungen von demjenigen zu unterscheiden, in welchem die beteiligten Parteien Vereinbarungen über die Mankohaftung vertraglich festhalten¹. Haben die Vertragspartner diesbezüglich nichts geregelt, so greifen die Normen des Arbeitsvertragsrechts Platz². In Uebereinstimmung mit einem Teil der deutschen Lehre³ sprechen wir in diesem Fall von der allgemeinen Mankohaftung.

§ 4 Grundlagen

I. Die Haftung aus dem Arbeitsvertrag

A. Die Normen des Arbeitsvertragsrechts als Haftungsgrundlage

Zunächst ist festzuhalten, dass das Vorliegen eines Arbeitsvertrages genügt⁴, um die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zur Anwendung kommen zu lassen. Einschränkungen sind keine vorgesehen: Im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsgesetz⁵ ist der Zehnte Titel OR auf alle Arbeitnehmer anwendbar⁶.

¹Vgl. u. § 9 I.

²Vgl. aber u. § 9 III über die Grenzen der Zulässigkeit von Mankovereinbarungen.

³So z.B. LANGER; WOLTERECK, Ersatzansprüche 14.

⁴Sollte sich ein Arbeitsvertrag nachträglich als ungültig erweisen, haben beide Parteien bis zur Aufhebung des Vertrages wegen Ungültigkeit ihre Pflichten wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen (Art. 320 Abs. 3 OR), jedoch nur bei Gutgläubigkeit.

⁵BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964.

⁶Vgl. hiezu REHBINDER § 4 Anfang; SCHOOP 5.

Der Arbeitsvertrag⁷ begründet für die Parteien eine Fülle von Rechten und Pflichten⁸. In Art. 321 - 321d OR sind die für die vorliegenden Ausführungen wesentlichen Pflichten des Arbeitnehmers dargelegt, von dem in erster Linie verlangt wird, dass er die übernommene Tätigkeit sorgfältig⁹ verrichte. Bei der Sorgfaltspflicht, auf die im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen noch näher einzugehen sein wird¹⁰, handelt es sich nicht um eine eigenständige, sondern um eine "sekundäre" Pflicht¹¹, abhängig von der primären zur Arbeitsleistung oder von der Treuepflicht. Sie bezieht sich vorerst auf die Hauptpflicht zur Leistung der Arbeit (Art. 321a Abs. 1 OR), wozu i.d.R. auch die Verwaltung (und Verwahrung) von Unternehmereigentum, insbesondere

⁷ Die Normen des Arbeitsvertragsrechts sind allein massgebend in einem Fall der (allgemeinen) Mankohaftung, und rechtlich unhaltbar wäre die Heranziehung von Bestimmungen anderer Vertragsverhältnisse wie etwa des Auftrages oder der Hinterlegung (vgl. nächste FN).

⁸ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann darauf verzichtet werden, auf die von der h.L. in der BRD (v.a. im Hinblick auf die Grundlagen der Mankohaftung) vorgenommene Unterscheidung zwischen selbständig und unselbständig tätigen Arbeitnehmern näher einzugehen. Für die einen reicht bei den "selbständigen" Arbeitnehmern die ergänzende Heranziehung von Normen der Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) aus, bei den "unselbständigen" seien zusätzlich Bestimmungen des Verwahrungsrechts (§ 665 ff. BGB) anzuwenden (vgl. u.a. BULLA 58); für andere soll beim "unselbständigen" Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis als Haftungsgrundlage genügen, bei "selbständigen" habe man Normen der Geschäftsbesorgung heranzuziehen (vgl. u.a. RUPPERT 42 f.).

Die Ansicht, als Haftungsgrundlage sei jedenfalls das Arbeitsverhältnis allein anzusehen, vertreten u.a. ENDEMANN 297 ff.; PALME 155; WOLTERECK, Mankohaftung 26 ff.

⁹ Vgl. hiezu IZVEREN 24 ff.

¹⁰ Vgl. u. § 5 II, IV.

¹¹ So IZVEREN 25.

aber der Kasse oder des Warenlagers gehört; mithin geht es in den meisten Mankohaftungsfällen um die Verletzung der Hauptpflicht zur ordentlichen Arbeitsleistung¹². Die Sorgfaltspflicht bezieht sich aber auch auf Nebenpflichten. So soll der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht bemüht sein, an den ihm zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellten Gegenständen, Einrichtungen und Materialien keinen Schaden entstehen zu lassen; er soll damit fachgerecht und eben "sorgfältig" umgehen (Art.321a Abs.2 OR)¹³. Im weiteren obliegt es ihm, dem Arbeitgeber über die entgegengenommenen Gegenstände und Geldbeträge Rechenschaft abzulegen und alles, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit erhielt, "sofort" herauszugeben (Art.321b OR)¹⁴; dies gilt für von Dritten empfangenes¹⁵ wie vom Arbeitgeber anvertrautes Gut.

Auf die Verletzung sämtlicher in Art.321 - 321d OR angeführten Pflichten bezieht sich die Norm von Art.321e OR¹⁶, wonach der Arbeitnehmer für jede schuldhaft e Schadenszufügung¹⁷ haftet; im zweiten Absatz ist zudem das Mass der Sorgfalt festgelegt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat¹⁸. Dadurch wird die Regel von Art. 99 OR konkretisiert, die im allgemeinen den Grad der Haftung des Vertragsschuldners bei schuldhafter Verletzung der vertraglichen Pflichten bestimmt¹⁹.

¹²Hiezu gehören die o. in § 1 III unter Ziff.1, 2 und 4 angeführten Fälle.

¹³Vgl.o. § 1 III Ziff. 3.

¹⁴Vgl. hiezu REHBINDER § 8 B II 3; SCHOOP 16; SCHWEINGRUBER, Kommentar 59 ff.

¹⁵So der Gesetzestext.

¹⁶Die Verantwortlichkeitsbestimmung wurde im Bestreben, sie für die Verletzung sämtlicher in Abschnitt B angeführten Pflichten gelten zu lassen, an den Schluss gestellt.

¹⁷"Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt" (Art.321e Abs.1 OR).

B. Die nicht gehörige Erfüllung

Wird durch unsorgfältige Ausführung der Arbeit dem Arbeitgeber ein Schaden verursacht, handelt es sich nicht etwa um Nichterfüllung²⁰, sondern um Schlechterfüllung²¹, da Arbeit eben tatsächlich geleistet wurde²². In aller Regel hat der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht zwar erfüllt, aber mangelhaft. Gehört die Verwaltung bzw. Verwahrung von Unternehmereigentum zur Arbeit als Hauptpflicht, steht in einem Mankohaftungsfall stets nur eine Verletzung der Pflicht zur ordentlichen Arbeitsleistung in Frage (wobei der Schaden eintritt, bevor der Arbeitgeber die "sofortige" Herausgabe verlangt). Man hat demnach nie von Unmöglichkeit der Leistung zu sprechen²³; vielmehr liegen praktisch durchwegs Fälle der sog. positiven Vertragsverletzung vor, wobei man in der Schweiz allerdings vielfach auf diesen aus dem deutschen Recht stammenden Begriff verzichten möchte²⁴.

¹⁸ Vgl. u. § 5 IV C 1.

¹⁹ Die Bestimmung von Art. 328 Abs. 3 aOR (Art. 321e Abs. 2 OR) stellt nach IZVEREN 31 eine auch für alle Fälle des vertraglichen Verschuldens zutreffende Beschreibung der Fahrlässigkeit dar.

²⁰ Vgl. BULLA 82; GALPERIN C II 2; RUPPERT 42 FN 32; sowie die in WOLTERECK, Mankohaftung 23 FN 27 zit. Entscheidung.

²¹ Vgl. ENDEMANN 298 ff.; LANGER 13; PALME 154; WOLTERECK, Mankohaftung 25 und dort in FN 36 zit. Entscheidung.

²² Vgl. REHBINDER § 8 C II; WOLTERECK, Mankohaftung 31.

²³ Nach einem Teil der Lehre in der BRD wird dem Arbeitnehmer im Falle eines Mankos (soweit die Normen des Geschäftsbesorgungs- und Verwahrungsrechts heranzuziehen sind) die Herausgabe der ihm anvertrauten Gegenstände und damit die Erfüllung der Leistung dauernd unmöglich (vgl. o. § 4 FN 20).

²⁴ Vgl. hiezu GUHL/MERZ/KUMMER 222; von TUHR/ESCHER II, 107; HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht I § 35 II 3.

Ansprüche des Arbeitgebers aus der allgemeinen Mankohaftung sind Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben; Grundlage ist die Verletzung der Pflicht des Arbeitnehmers zur ordentlichen Arbeitsleistung²⁵. Anwendbar auf alle Fälle einer Haftung für ein Manko ist die spezielle Norm von Art.321e OR in Verbindung mit den Bestimmungen aus dem allgemeinen Vertragsrecht (Art.97 ff. OR) über die nicht gehörige Erfüllung.

II. Ausservertragliche Ansprüche des Arbeitgebers

Es können durchaus auf seiten des Arbeitgebers neben vertraglichen auch ausservertragliche Ansprüche bestehen. Vorwiegend kommt eine Haftung aus unerlaubter Handlung (Art.41 ff. OR) in Frage²⁶, wobei meist auch ein strafrechtlicher Tatbestand erfüllt sein dürfte²⁷. Konkurrenzprobleme stellen sich keine: Sind mehrere Haftungsgründe gegeben, stehen die verschiedenen Rechtsbehelfe dem Arbeitgeber alternativ zur Verfügung, d.h. es ist letzterem anheim gestellt, ob er sich auf den vertraglichen oder den ausservertraglichen Haftungsgrund berufen will²⁸. Unterschiede ergeben sich v.a. in bezug auf die Beweislast²⁹.

²⁵ BLEISTEIN 2214.

Vgl. auch BRUEHWILER, Vorbemerkungen I zu Art.321e OR.

²⁶ Vgl. für das deutsche Recht: BARTON 52 f.; LANGER 57; WOLTERECK, Mankohaftung 31 f.

Denkbar ist überdies auch das Vorliegen einer Schadenersatzobligations aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art.62 ff. OR). Vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 32 sowie dort FN 60.

²⁷ Veruntreuung im Sinne von Art.140 StGB (evtl. Art.142); bei Mitgewahrksam allenfalls Diebstahl oder Entwendung (Art.137 bzw. 138 StGB).

²⁸ Anspruchskonkurrenz; vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht I, 483 ff.

²⁹ Gemäss Art.41 OR ist auch das Verschulden zu beweisen; anders bei der vertraglichen Haftung, da nach Art.97 OR das Verschulden präsumiert wird (vgl. u. § 7 I).

§ 5 Anspruchsvoraussetzungen

I. Schaden beim Arbeitgeber

Wie eingangs dargelegt wurde, darf von einem Manko nur gesprochen werden, wenn dem Arbeitgeber tatsächlich ein Schaden¹ entstanden ist. Das Vorliegen eines Mankos (und damit eines Vermögensschadens) ist erste Voraussetzung für eine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers. (Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass durch eine Pflichtverletzung auch ein Vorteil erwachsen kann.) Eine Haftung fällt demnach ausser Betracht, wenn das Vermögen des Arbeitgebers keine Verminderung erfahren hat.

Muss für den Schadensbegriff allein der Unterschied der Vermögenslagen entscheidend sein, bleibt die Einberechnung einer Einbusse bedeutungslos².

II. Pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers

A. Die Pflichtwidrigkeit

Eine Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für das entstandene Manko ist nur im Falle einer Vertragsverletzung³ gegeben⁴. Diese besteht in der Leistung unsorgfältiger Arbeit⁵. Oft ist es schwierig, Pflichtwidrigkeit und Verschul-

Vgl. BRUEHWILER, Vorbemerkungen II zu Art.321e OR.

¹ Zum Begriff des Schadens vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht I 53 ff.

Zur Schadensberechnung vgl.u. § 10 I.

² Vgl.o. § 2 FN 11; u. § 10 I.

³ Zum Unterschied zwischen Verursachung und Verschulden vgl. BLEISTEIN 2213.

⁴ Vgl. hiezu GUHL/MERZ/KUMMER 221 f.; vonTUHR/ESCHER II 106 ff.

⁵ Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER 390 ff.; IZVEREN; REHBINDER § 8 A III; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 3 zu Art.321a OR.
Zur Sorgfaltspflicht als "sekundären" Pflicht vgl.o. § 4 I A.

den auseinanderzuhalten, was in Anbetracht der bislang unbefriedigend geregelten Beweislastverteilung nicht ganz ohne Bedeutung ist⁶: Eine objektive Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die zur übernommenen Tätigkeit erforderlichen geistigen und körperlichen Kräfte nicht aufgewendet hat⁷ und wenn zudem die Pflichtwidrigkeit nicht etwa aufgrund besonderer Umstände⁸ ausgeschlossen ist. Die Haftung für den Schaden ergibt sich hingegen erst aus dem schuldhaften Unterlassen der erforderlichen Sorgfalt⁹. Dies sowie der Umstand, dass nach der h.L. der Fahrlässigkeitsbegriff objektiviert ist¹⁰, machen die Schwierigkeit einer Trennung von Vertragsverletzung und Verschulden ersichtlich. In der Praxis wird allerdings bei Vorliegen einer objektiv unsorgfältigen Arbeitsleistung in der Regel auch Fahrlässigkeit anzunehmen sein¹¹.

B. Ausschluss der Pflichtwidrigkeit

Wie im ausservertraglichen¹² sind auch im vertraglichen Haftpflichtrecht Gründe denkbar, die die Pflichtwidrigkeit (bzw. Widerrechtlichkeit) ausschliessen. Liegen solche vor, hat der Sorgfaltspflichtige vertragsgemäss gehandelt.

⁶ Pflichtwidrigkeit und Verschulden sind nach der bestehenden gesetzlichen Regelung nicht von derselben Partei nachzuweisen (vgl. u. § 7 I).

⁷ Vgl. BOTSCHAFT 300.

⁸ Vgl. u. § 5 II B.

⁹ IZVEREN 79.

¹⁰ U. § 5 IV A.

¹¹ Ebenso MEIER 57; vgl. auch dort in FN 40 zit. Lit.

¹² OETTINGER, a.a.O. 127.

1. Einwilligung des Arbeitgebers

Dass der Arbeitgeber (z.B. in fehlerhaften Weisungen) in eine schadenverursachende Handlung einwilligt, kommt nicht selten vor; so wenn er es dem Arbeitnehmer (etwa auch durch konkludentes Verhalten) direkt oder indirekt verunmöglicht, bestimmte notwendige Kontroll- bzw. Aufsichtshandlungen auszuführen¹³. Mitunter schreibt er die fehlerhaften und schadenverursachenden Handlungen ausdrücklich vor, verlangt beispielsweise vom Arbeitnehmer, die Schlüssel zu den Geschäftsräumlichkeiten wegen allfälliger Not-situationen irgendwo ungesichert zurückzulassen¹⁴.

Handelt der Arbeitnehmer anordnungs- und weisungsgemäss, darf ihm nicht ein pflichtwidriges Verhalten angelastet werden, es sei denn, er erkenne oder müsse immerhin erkennen, dass die Befolgung der Vorschriften einen Schaden nach sich ziehe¹⁵. Zweifelt er an der Richtigkeit der Direktiven, ist ihm zuzumuten, den Weisungsberechtigten auf dessen mangelhafte Order aufmerksam zu machen. Unterlässt er dies, verstösst er gegen seine Treuepflicht, hat er doch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren (Art.321a Abs.1 OR).

¹³ BARTON 55 sieht in einem solchen Fall (scheinbar ohne Einschränkung) ein Mitverschulden des Arbeitgebers durch "Vernachlässigung der persönlichen Mitwirkungspflichten"; es ist aber m.E. zu unterscheiden zwischen Erschwerung und Verunmöglichung. Bei Verunmöglichung muss dem Arbeitnehmer immerhin zum Vorwurf gereichen, dass er einen erkennbaren Mangel übersah.

¹⁴ WOLTERECK, Mankohaftung 55 vertritt die Auffassung, es liege solchenfalls mitwirkendes Verschulden des Arbeitgebers vor. Je nach den Umständen sind auch hier beide Möglichkeiten denkbar.

¹⁵ Ebenso WOLTERECK, Mankohaftung 35 f.
Das Selbstverschulden des Arbeitgebers gilt wenigstens als Reduktionsgrund bei der Schadenersatzbemessung (vgl.u. § 10 II B 1 c).

2. (Weitere) rechtmässige Handlungen

Es stellt sich die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit dann entfällt, wenn ein Manko als Folge eines rechtmässigen Arbeitskampfes verursacht wird¹⁶. Hierauf soll im folgenden kurz eingegangen werden, obgleich die Bedeutung in der Praxis offensichtlich gering ist¹⁷.

Weder in der BRD noch in der Schweiz hat der Gesetzgeber das Arbeitskampfrecht geregelt, weshalb man auf Lehre und Rechtsprechung angewiesen ist. (Allerdings fehlen hierzulande sowohl Entscheide des Bundesgerichts als auch solche unterer Instanzen über grundsätzliche Streikfragen, was recht bedauerlich ist, vermögen doch die zahlreichen BGE über den Boykott¹⁸ die fehlenden Erkenntnisse zu Problemen des Streikes nicht zu ersetzen¹⁹.) Schliesst man sich nun dem Teil der Lehre an, nach welchem auch individualrechtlich rechtmässig gestreikt²⁰ werden kann²¹, ist für die Beantwortung eingangs gestellter Frage die Lehre von der

¹⁶ Bejaht ohne Einschränkung von WOLTERECK, Mankohaftung 34 f.

¹⁷ Zum einen wird es nur einen kleinen Kreis von Arbeitnehmern betreffen und zum andern hält sich die Zahl der Arbeitskämpfe in der Schweiz in einem erträglichen Rahmen (FLUEHMANN 10; ZWEIFEL 21).

¹⁸ Vgl. BGE 69 II 82; 86 II 371 ff.; 99 II 231 ff.; 101 IV 302; 102 II 220 f.

¹⁹ So ZWEIFEL 45.

²⁰ "Rechtmässig ist ein Arbeitskampf, wenn er weder tarifwidrig noch amtswidrig, noch gesetzeswidrig ist, noch eine unerlaubte Handlung darstellt" (BOLDT Ziff. 68). Vgl. auch FLUEHMANN 18; HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht I 979 ff.

²¹ Vgl. u.a. BOLDT Ziff. 63; REHBINDER § 39 A I; ZWEIFEL 59 und dort zit. Lit.

Nach der Trennungstheorie stellt jeder Streik, dem keine gesetzmässige Kündigung durch den einzelnen Arbeitnehmer vorangeht, eine Verletzung des Arbeitsvertrages dar (FLUEHMANN 58). Diese Theorie darf als überwunden gelten.

Sozialadäquanz²², eingeführt in Deutschland durch NIPPERDEY²³, heranzuziehen. Die massgeblichen Grundsätze, zu denen sowohl eine faire Kampfführung als auch die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gehören²⁴, haben nach der h.L. in der Schweiz Geltung²⁵ und dienen hier der Unterscheidung zwischen rechtmässigen und rechtswidrigen Handlungen²⁶. Es ist also zu untersuchen, ob die ein Manko verursachenden Handlungen innerhalb der zulässigen Grenze liegen, so dass sie noch als sozialadäquat zu bezeichnen sind. Zieht man in Betracht, dass in einem Mankofall der Arbeitgeber nicht bloss die Leistung seines Arbeitnehmers, sondern wenigstens einen Teil seines Warengutes verliert, dass er nicht nur den Ertragsausfall, sondern durch den Eintritt des Mankos eine zusätzliche Vermögensverminderung in Kauf nehmen muss, wird man hieraus die Unzulässigkeit einer Mankoverursachung folgern. Wenn WOLTERECK ausführt: "Handlungen des Arbeitnehmers, die im dargelegten Sinne innerhalb des Rahmens der sozialen Adäquanz bleiben, erfüllen zwar den äusseren Tatbestand einer Forderungsverletzung. Sie bedeuten aber keinen Verstoss gegen die besondere rechtliche Bindung, die für den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis entspringt, und sind daher nicht pflichtwidrig"²⁷, so darf ihm soweit beigespflichtet werden. WOLTERECK erkennt hingegen, dass alle Handlungen bzw. Unterlassungen, die ein

²²Vgl. BOLDT Ziff.93 ff.; FLUEHMANN 19 f.; HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht II/2, 1000 ff.; REHBINDER § 39 B; ZWEIFEL 42 ff.

²³HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht II/2, 1004 f.

²⁴Aus dem das "Ultima-Ratio-Prinzip" entwickelt wurde.

²⁵Vgl. REHBINDER § 39 B V; VISCHER 389.

²⁶So FLUEHMANN 20.

²⁷WOLTERECK, Mankohaftung 35.

Manko zur Folge haben, eben nicht mehr in diesen Rahmen der sozialen Adäquanz einzuordnen sind. Allgemein ist anerkannt, dass in einem fairen Kampf das Prinzip der Anwendung des schonendsten Mittels gilt²⁸, woraus nicht nur das Gebot zur Leistung der notwendigen Erhaltungsarbeiten²⁹, sondern ebenso das Verbot der passiven Resistenz³⁰ abzuleiten ist.

Hat der Arbeitnehmer den Schaden zu verhindern, der über denjenigen durch die "reine Arbeitsniederlegung"³¹ entstehenden hinausgeht (oder wenigstens dem Arbeitgeber hiezu Gelegenheit zu bieten), erscheint die Verursachung eines Mankos als unzulässig; dies ungeachtet der Schadenshöhe³².

Wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen, seiner Sorgfaltspflicht zu genügen (indem man ihm beispielsweise den Zugang zum Betrieb verweigert), wird ihn kein Verschulden treffen.

²⁸ Vgl. REHBINDER § 39 B V.

²⁹ Vgl. HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht II/2, 1029 ff.; REHBINDER, a.a.O.

³⁰ HUECK/NIPPERDEY, a.a.O.; REHBINDER, a.a.O.

³¹ REHBINDER § 39 B V a.E.

³² Hievon wäre auch nicht abzuweichen, wenn die Anwendung des Prinzips der Sozialadäquanz in der Praxis reduziert werden sollte (FLUEHMANN 20).

III. Kausalzusammenhang

Zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen³³, und zwar auch bei einer vertraglichen Schädigung³⁴. Wurde das Manko nicht durch den Arbeitnehmer unmittelbar herbeigeführt oder der Schadenseintritt nicht durch eine unsorgfältige Handlung zumindest gefördert, fehlt es am Kausalzusammenhang, mag sich der Arbeitnehmer auch in anderer Weise pflichtwidrig verhalten haben³⁵. Eine Haftung tritt nicht ein, wenn der Schaden, der vom Arbeitnehmer voraussichtlich verschuldet worden wäre, tatsächlich infolge anderer Umstände eintrat.

Es kommt nun nicht selten vor, dass sich in einem Schadensfall sowohl das Manko als auch ein pflichtwidriges Verhalten nachweisen lassen³⁶, nicht aber, dass der Schaden auf eben-diese Pflichtverletzung zurückzuführen ist. Wohl gilt, dass die blosse Möglichkeit des Kausalzusammenhangs nicht genügt; es ist aber allgemein anerkannt, dass an den Beweis der Adäquanz³⁷ keine übermässigen Anforderungen zu stellen sind und eine hohe Wahrscheinlichkeit genügen muss³⁸.

³³ BUERGI, Die Lehre von der adäquaten Verursachung (Diss. Zürich 1927); OFTINGER, Haftpflichtrecht I 70 ff.; von TUHR/PETER I/1, 87 ff.; WEITNAUER, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in: Festgabe Oftinger (Zürich 1969) 321 ff.

³⁴ BARTH, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung (Diss. Zürich 1957) 94 ff.; OFTINGER, a. a. O. 73 FN 5; von TUHR/PETER I/1, 97 FN 51.

³⁵ Es kann z.B. ein Filialleiter nur dann für den Schaden aus einem Einbruchdiebstahl haftbar gemacht werden, wenn er die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen nicht getroffen hat (vgl. BARTON 39). Die Ursache muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet sein, den eingetretenen Erfolg zu bewirken (BGE 66 II 173; 89 II 250).

³⁶ Vgl. u. § 5 v.

³⁷ Zum "prima-facie-Beweis" vgl. OFTINGER, a. a. O. 81.

³⁸ OFTINGER, a. a. O. 81 und dort in FN 23 zit. Lit.; von TUHR/PETER I/1, 99.

IV. Verschulden

A. Einleitung

Da sich der Arbeitnehmer lediglich zur Ausführung der Arbeit (und Aufwendung der hiefür erforderlichen Sorgfalt) verpflichtet, hat er nicht für den Erfolg seiner Leistung einzustehen; hingegen haftet er nach Art.321e Abs.1 OR³⁹ für jede schuldhaft e Schadensverursachung. Die (allgemeine) Mankohaftung ist daher eine Verschuldenshaftung⁴⁰.

Das Verschulden, auch als subjektive Komponente des fehlerhaften Verhaltens bezeichnet⁴¹, erscheint in den Formen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit⁴²: Die wissentliche und willentliche Pflichtverletzung -OFTINGER spricht für das ausserververtragliche Haftpflichtrecht von der "gewollten Rechtswidrigkeit"⁴³ - stellt die vorsätzliche Handlung dar. Vorsatz ist bereits anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer sich bewusst (und gewollt) pflichtwidrig verhält, ohne darüber hinaus die Schädigung des Arbeitgebers anzustreben; es genügt, wenn er den Eintritt des Schadens voraussieht und in Kauf nimmt⁴⁴.

³⁹ Für das deutsche Recht: § 276 BGB.

⁴⁰ Im Gegensatz zur Kausal- oder Erfolgshaftung; vgl. IZVEREN 23; OFTINGER, a.a.O. 14 ff.

⁴¹ Wobei auch das Verschulden eine objektive und eine subjektive Seite aufweist.

⁴² Gelegentlich wird der Vorsatz als höchster Verschuldensgrad bezeichnet (IZVEREN 75 und dort zit. Lit.).

⁴³ OFTINGER, a.a.O. 142.

⁴⁴ Dies entspricht dem strafrechtlichen Begriff des Eventualdolus. Zur Wahrscheinlichkeits- und zur Einwilligungstheorie vgl. SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts I (2.A. Bern 1977) § 14 II 4 c cc.

Unter fahrlässigem Handeln hat man die voraussehbare Herbeiführung eines Schadens durch mangelhafte Sorgfalt zu verstehen⁴⁵. Spricht man von Verschulden, ist damit zumeist Fahrlässigkeit gemeint⁴⁶. Nicht nur hierzulande hat die Frage stets Schwierigkeiten bereitet, nach welchen Kriterien zu beurteilen sei, wie sorgfältig man vorzugehen habe, um sich nicht dem Vorwurf des fahrlässigen Handelns auszusetzen⁴⁷. Heute herrscht die Ansicht vor, der Begriff der Fahrlässigkeit sei ein objektiver⁴⁸; die subjektive Entschuldigbarkeit eines fehlerhaften Verhaltens ist damit bedeutungslos geworden. Auch im Recht der Arbeitnehmerhaftung hat die Lehre des objektivierten Verschuldensbegriffes grundsätzlich Geltung⁴⁹; das Gesetz sieht allerdings eine Ausnahme vor, so dass u.U. bei der Festsetzung des Sorgfaltsmasses subjektive Kriterien heranzuziehen sind⁵⁰.

Der Grad des Verschuldens bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Unterschieden wurde bis vor kurzem vorwiegend in grobe und leichte Fahrlässigkeit⁵¹; der von der neueren Lehre vorgeschlagenen und in der Rechtsprechung auch ange-

⁴⁵ OFTINGER, a.a.O. 142 ff.

⁴⁶ Obgleich diese eine der Verschuldensformen darstellt.

⁴⁷ M.a.W.: ob subjektive oder objektive Kriterien massgebend seien.

⁴⁸ Auch bei Anwendung des objektivierten Begriffes dient nicht für alle Verhältnisse derselbe Massstab; es ist vielmehr auf die konkreten Umstände Rücksicht zu nehmen (vgl. OFTINGER, a.a.O. 146 und dort zit. Entscheidung).

⁴⁹ Dies ergibt sich schon e contrario aus der gesetzlichen Bestimmung von Art. 321e Abs. 2 a.E. OR.

⁵⁰ Vgl. u. § 5 IV C 2 c.

⁵¹ Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER 93; MEIER 29 f.; OFTINGER, a.a.O. 153.

wandten Dreiteilung⁵² in grobe, mittlere (oder normale) und leichte Fahrlässigkeit ist allerdings der Vorzug zu geben.

Wie bei jeder Verschuldenshaftung richtet sich Art und Umfang des Schadenersatzes in erster Linie nach der Grösse des Verschuldens (Art.43 OR)⁵³.

B. Haftung für Vorsatz

Aus Art.321e Abs.1 OR folgt, dass der Arbeitnehmer ohne Einschränkung für ein Manko aufzukommen hat, dessen Eintritt er vorsätzlich verschuldete. Da dem Haftpflichtrecht in erheblichem Masse ein präventiver Zweck zukommt, darf eine Beschränkung der Haftung bei vorsätzlicher Schädigung nicht in Betracht gezogen werden⁵⁴.

Als Fälle vorsätzlicher Schadensverursachung kommen bei der Mankohaftung neben der "böswilligen Schlechtleistung"⁵⁵, wo der Arbeitnehmer die von ihm berechtigterweise verlangte Sorgfalt nicht aufbringen will⁵⁶, v.a. die widerrechtlichen Vermögensschädigungen in Frage. Mit IZVEREN hat man aber auch eine bei Vertragsschluss begangene absichtliche Täuschung bezüglich Ausbildung und Kenntnisse als vorsätzliche Schadensverursachung zu werten⁵⁷, falls das Manko bei einem richtig ausgebildeten und befähigten Arbeitnehmer nicht

⁵² Vgl. MEIER 29, insbesondere in FN 34 zit. Lit.; die Verwendung des Begriffes "mittleres Verschulden" in BGE 100 II 338 wurde von OFTINGER, a.a.O. 153 als unnötig erachtet.

⁵³ Zur "Ganz- oder Garnicht"-Haftung im deutschen Recht vgl. BUTZ, DB 1950, 614 f.

⁵⁴ MEIER 12; vgl. auch REINECKE 222 f.

⁵⁵ IZVEREN 77.

⁵⁶ Passive Resistenz; vgl. hiezue HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht I § 35 II 1.

⁵⁷ IZVEREN 76.

entstanden wäre⁵⁸. Fraglich erscheint dagegen, ob der Arbeitnehmer durch die Anwendung "neuer", wenn auch "unsicherer" Methoden oder die Vornahme "gewagter konstruktiver" Versuche (ohne Wissen und Willen des Arbeitgebers) eine absichtliche Sorgfaltspflichtverletzung begeht⁵⁹. M.E. dürfte es sich in solchen Fällen fast durchwegs um Fahrlässigkeitstatbestände handeln; generell und ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände wird aber eine Entscheidung nicht zu treffen sein.

Steht fest, dass bewusst und gewollt pflichtwidrig gehandelt sowie der aus der Pflichtverletzung resultierende Schaden zumindest in Kauf genommen wurde, ist eine Inanspruchnahme des Schädigers gerechtfertigt.

C. Haftung für Fahrlässigkeit

Wesentlich zahlreicher als die vorsätzlichen sind die fahrlässigen Handlungen. Fahrlässigkeit ist "die missbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt"⁶⁰.

Falls nichts anderes verabredet⁶¹, hat der vertragsverletzende Partner für jedes Verschulden einzustehen⁶²: Dem von einzelnen Arbeitnehmerverbänden anlässlich der Revisionsarbeiten gestellten Begehren, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszuschliessen, entsprach man mit dem Hinweis

⁵⁸ Der Schaden muss einerseits auf den Umstand zurückzuführen sein, dass die versprochenen Eigenschaften fehlen, und andererseits vom Arbeitnehmer vorausgesehen (so wie in Kauf genommen) worden sein.

⁵⁹ Wie dies IZVEREN 76 f. annimmt.

⁶⁰ OETTINGER, a.a.O. 142.

⁶¹ Zum Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit vgl. u. § 9 I B.

⁶² Vgl. die Ausführungen zur generellen Haftungsbeschränkung u. § 10 II C.

auf die Interessen der Arbeitgeberseite nicht. In der BOTSCHAFT⁶³ wurde bemerkt, heutzutage könne schon die geringste Nachlässigkeit zu sehr grossen Schäden führen, und es würde dem "Gedanken einer gesteigerten Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers" widersprechen, diesen kraft Gesetzes von jeder Haftung zu befreien⁶⁴. Schliesslich ging aber die im Sinne eines Kompromisses von der Kommission vorgeschlagene Formel, nach der das Berufsrisiko bei der Haftung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sei, diskussionslos durch die Räte⁶⁵.

Nicht bloss für Schäden, die auf eigentliche Nachlässigkeiten des Arbeitnehmers zurückzuführen sind, hat dieser aufzukommen; es haftet auch, wer eine Stelle antritt, ohne deren Anforderungen seiner Ausbildung nach gewachsen zu sein⁶⁶. Treten Mängel erst nach Uebernahme der Tätigkeit auf, bleibt der Sorgfaltspflichtige nur nach der unverzüglichen Information des Arbeitgebers von der Inanspruchnahme für allfällige Schäden verschont. Hieran vermag einzig der Umstand etwas zu ändern, dass für den Arbeitgeber die Unzulänglichkeiten erkennbar waren, da der Geschädigte diesfalls im Rahmen des Mitverschuldens für seine eigene Fahrlässigkeit einstehen muss⁶⁷.

Für die Frage der Haftung ist die Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs von entscheidender Bedeutung.

⁶³ BOTSCHAFT 312.

⁶⁴ BOTSCHAFT 312; diese Ansicht wurde von MEIER 16 zu Recht als überholt bezeichnet.

⁶⁵ Vgl. StenBull NR 1969, 442; StenBull StR 1970, 323.

⁶⁶ Als Uebernahmeverschulden bezeichnet; vgl. IZVEREN 80 bzw. 61; REHBINDER § 8 C Anfang.

Durch die Bestimmung von Art. 321e Abs. 2 a.E. OR wird diese allseits anerkannte Regel weitgehend entschärft.

⁶⁷ Vgl. u. § 5 IV C 2 c.

1. Grundsatz

"Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen" (Art.321e Abs.2 OR).

Bis auf die Aufnahme des "Berufsrisikos"⁶⁸ in den Sorgfaltsartikel weist die 1972 in Kraft getretene Bestimmung gegenüber Art.328 aOR keine nennenswerten Neuerungen auf. Durchwegs wurden ja die Ausdrücke Dienstpflichtiger und Dienstherr durch die Begriffe Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber ersetzt. Zudem bestimmt sich nun das Mass der Sorgfalt nach dem "einzelnen" Arbeitsverhältnis. Eine nicht unwesentliche Aenderung liegt allerdings in der Plazierung der Normen über die Sorgfaltspflicht und deren Kehrseite, die Haftung: Die Verantwortlichkeitsbestimmung wurde im Bestreben, sie für die Verletzung sämtlicher Pflichten des Arbeitnehmers gelten zu lassen, an den Schluss des Abschnittes B gestellt.

Schon der Entwurf hatte auf die Uebernahme der Sondervorschriften über die Sorgfaltspflichten des Handelsreisenden und des Fabrikarbeiters verzichtet⁶⁹; weshalb man die besonderen Normen für den Heimarbeiter⁷⁰ nicht auch fallen liess, ist nicht klar ersichtlich⁷¹.

⁶⁸ Vgl.u. § 5 IV C 2 b.

⁶⁹ Art.4 Abs.1 HRAG; Art.28 Abs.3 FabG.

⁷⁰ Art. 352 Abs.2 bzw. Art.352a Abs.3 OR.

⁷¹ Die Besonderheiten des Heimarbeiterverhältnisses sind zwar nicht ausser acht zu lassen; für die Fälle, in denen der "in einem gewerblichen Betrieb tätige Arbeitnehmer zusätzliche Arbeiten zu Hause ausführt", erscheinen die Art.321 - 321e OR allerdings auch als ausreichend (vgl. BOTSCHAFT 313).

Dass der eingangs zitierte Absatz 2 eine Milderung der Haftung bezwecke, stellte die BOTSCHAFT ausdrücklich klar⁷². Eigentliche Beschränkungsgründe sind allerdings lediglich in den Vorschriften zur Berücksichtigung des Berufsrisikos (was im E noch gar nicht vorgesehen war) sowie des speziellen Falles von Selbstverschulden des Arbeitgebers⁷³ zu erblicken⁷⁴. Im übrigen aber enthält der Sorgfaltsartikel Bestimmungen, welche die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht, die Berücksichtigung der konkreten Umstände und Verhältnisse verlangen⁷⁵.

Das konkrete Arbeitsverhältnis bildet bei der Festlegung des Sorgfaltsmassstabs den Ausgangspunkt. Dass nicht jede Tätigkeit im selben Masse Aufmerksamkeit und Sorgfalt erfordert, versteht sich zwar von selbst, doch wird hier ausdrücklich und ganz besonders auf die individuellen Verhältnisse hingewiesen. Auch innerhalb bestimmter Berufsgruppen können die Anforderungen verschieden sein. Das Mass der Sorgfalt ist somit insofern relativ⁷⁶, als es sich je nach Art und Inhalt der Arbeit verändert⁷⁷. Der Massstab ist dennoch ein objektiver, da man in jedem dieser Kreise einen Durchschnittsver-

⁷² BOTSCHAFT 311.

⁷³ Vgl. u. § 5 IV C 2 c.

⁷⁴ Durch die letztere Bestimmung ist der Fahrlässigkeitsbegriff in einem begrenzten Rahmen subjektiviert (vgl. REHBINDER § 8 C II 1), indem für das Sorgfaltsmass u.U. auch die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers bedeutsam sind.

⁷⁵ Ähnlich von TUHR/ESCHER II, 115, die allerdings das Berufsrisiko vergessen.

⁷⁶ Vgl. IZVEREN 44; MEIER 29.

⁷⁷ Vgl. zum Verhältnis "Sorgfaltsaufwand-Lohn": BGE 92 II 242; Gewerbl. Schiedsgericht Basel-Stadt in SAZ 1975 Nr. 44 (U vom 9.12.1974).

treter suchen muss, nach dem sich die Angehörigen der Gruppe zu richten haben⁷⁸. Obgleich zwar die Vereinbarungen bei Vertragsschluss und auch die Direktiven⁷⁹ des Arbeitgebers für die Beurteilung der Verschuldensfrage heranzuziehen sind, spielt die Verkehrsanschauung die entscheidende Rolle⁸⁰.

Je grösser die Schwierigkeiten, je wichtiger oder auch gefährlicher (v.a. im Sinne von schadensgeneigt⁸¹) die zu verrichtenden Tätigkeiten sind⁸², desto aufmerksamer hat der Arbeitnehmer zu verfahren⁸³. Dessen Berufsrisiko ergibt sich somit (auch) aus der Konkretisierung des Sorgfaltsbegriffes. Der nur Verwirrung stiftende Ausdruck der "gesteigerten Sorgfaltspflicht" ist hier allerdings fehl am Platze, da man völlig verschiedene Arbeitsverhältnisse einander gegenüberstellt⁸⁴.

⁷⁸ "Die Anforderungen an den Durchschnittstypen (...) werden nach objektiven Kriterien (...) bestimmt" (IZVEREN 35 f.).

⁷⁹ Zum Direktionsrecht des Arbeitgebers gemäss Art.32ld OR vgl. REHBINDER § 8 A II 5, B II 4; SCHOOP 14; SCHWEIN-GRUBER, Kommentar N 2 ff. zu Art.32ld OR.

⁸⁰ IZVEREN 47 ff. ist der Ansicht, dass sich das geforderte Mass an Sorgfalt auch von der versprochenen Qualität und Beschaffenheit der Arbeit ableiten lässt; man wird von dieser Seite in der Tat zum selben Ergebnis gelangen.

⁸¹ Vgl.u. § 5 IV C 2 b cc (1).

⁸² WOLTERECK, Mankohaftung 45 spricht von einer besonderen Sorgfaltspflicht, die auf eine sehr verantwortungsvolle Tätigkeit hindeute, bezeichnet dann aber als unzutreffend, dass die für die Mankohaftung in Frage kommenden Arbeitnehmer ohne weiteres eine "gesteigerte Sorgfaltspflicht" treffe.

⁸³ Bedient der Arbeitnehmer kostspielige Geräte und Apparate, hat er vorsichtiger vorzugehen als sein Berufskollege, der die gleichen Produkte von Hand anfertigt; gehen durch die Finger eines Bankkassiers tagtäglich mehrere hundert Tausendernoten, so muss dieser mit grösserer Sorgfalt walten als die Kassierererin eines Theaters.

2. Konkretisierung des Grundsatzes

a) Die Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse

Nur der Verdeutlichung dient die Vorschrift, dass die für eine bestimmte Arbeit vorausgesetzten Kenntnisse gebührend zu würdigen sind. Denn die Art der Tätigkeit ist ja für den Bildungsgrad und die erforderlichen Fachkenntnisse massgebend⁸⁵. Da sich das Sorgfaltsmass nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis bestimmt, ist die zur übernommenen Tätigkeit verlangte Ausbildung ohnehin in Betracht zu ziehen⁸⁶.

b) Die Berücksichtigung des Berufsrisikos

aa) Einleitung

Schon vor einiger Zeit gelangte man zur Ueberzeugung, dass durch die ständig komplizierter werdenden Betriebsanlagen⁸⁷ vom Arbeitnehmer von Jahr zu Jahr mehr an Wissen, aber auch an Sorgfalt und Aufmerksamkeit verlangt werden müsse und dass (vielfach aus denselben Gründen) fehlerhafte Handlungen immer verheerendere Folgen nach sich zogen⁸⁸. So liess es sich schliesslich nicht mehr rechtfertigen, den Arbeitnehmer allein für einen Schaden zu beanspruchen, der unter "normalen Umständen"⁸⁹ nicht oder wenigstens nicht in derselben Höhe entstanden wäre⁹⁰. Die stetige Vermehrung der Gefahrenquellen in einem Betrieb verlangte einen Ausgleich. Allerdings bereiteten die Versuche einer rechtlichen Begründung für die Beteiligung des Arbeitgebers an der Schadens-

⁸⁴ Dieser Begriff könnte allenfalls Verwendung finden, wenn von einem bestimmten Arbeitnehmer mehr verlangt wird als vom anderen mit vergleichbarer Tätigkeit.

⁸⁵ Vgl. IZVEREN 50.

⁸⁶ Vgl. hiezu IZVERENS "spezielle Einteilung der Dienstnehmer nach ihrer Beschäftigungsart" (IZVEREN 54 ff.).

⁸⁷ RUPPERT 20.

tragung vorerst nicht wenig Schwierigkeiten.

(1) BRD: Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit

Mit den in den Jahren 1928 bzw. 1936 ergangenen Entscheiden zweier Landesarbeitsgerichte⁹¹, welche sich mit der Haftung des Kraftfahrzeugführers zu beschäftigen hatten, wurden die Grundsteine der noch heute andauernden Auseinandersetzung bezüglich der Arbeitnehmerhaftung bei "schadensgeneigter Arbeit"⁹² gelegt. In diesen Urteilen wurde nicht nur das Missverhältnis zwischen Risikogrösse und Lohnhöhe festgestellt, sondern man erkannte auch die Natur der gefahrbehafteten Tätigkeit und zog in Betracht, dass der "unvollkommene Mensch"⁹³ mitunter fehlerhaft handle. Da praktisch keine Möglichkeit bestand, die Haftung des Arbeitnehmers einzuschränken⁹⁴, ist nicht verwunderlich, dass man sich den mit der schadensgeneigten Arbeit zusammenhängenden Problemen mit regem Interesse zuwandte.

Auf der Suche nach einer einleuchtenden dogmatischen Begründung wurden nicht bloss sämtliche Stufen der Haftungs voraus-

⁸⁸ Vgl. BOTSCHAFT 312, die damit aber eine "gesteigerte Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers" zu begründen suchte.

⁸⁹ BARTON 61.

⁹⁰ Vgl. u. cc (1).

⁹¹ LAG Stuttgart in ArbRspr. 1928, 441 (U vom 11.09.1928); LAG Plauen in ARS 29, 62 (U vom 4.11.1936).

⁹² Vgl. hiez u BARTON 58 ff.; RUPPERT; WOLTERECK, Massstäbe für die Schadensverteilung (...), RdA 1963, 314 ff.; ders., Mankohaftung 43 ff.

⁹³ Vgl. die Definition des RAG in ARS 41, 59 (U vom 18.12.1940).

⁹⁴ Eine Einschränkungsmöglichkeit bot lediglich das "mitwirkende Verschulden" des Arbeitgebers; vgl. hiez u BARTON 53 ff.; WOLTERECK, Mankohaftung 54 ff.

setzungen berücksichtigt; vielfach sah man als beste Möglichkeit eine eigentliche Haftungsbeschränkung. Der einen Seite diene als Grundlage die Fürsorgepflicht⁹⁵, da der Arbeitgeber die berechtigten vermögensrechtlichen Interessen des Vertragspartners zu wahren hat, andere vertraten die Ansicht, der Arbeitgeber habe den Schaden mitverschuldet, wenn er seinen Arbeitnehmer mit einer schadensgeneigten Tätigkeit betraue. Schliesslich wurde eine spezielle "Sphärentheorie" entwickelt⁹⁶, nach welcher der Anteil des Schadens, der durch die "besondere Natur der Arbeit" bedingt ist, zu Lasten des Arbeitgebers auszuscheiden sei. Damit kam man der Regelung des schweizerischen OR vor der Revision sehr nahe.

(2) CH: Die Berücksichtigung des Berufsrisikos unter dem alten OR

Gestützt auf Art.99 Abs.3 und Art.44 Abs.1 OR war die Berücksichtigung des Berufsrisikos vor der Revision des Zehnten Titels OR durchaus möglich, da die Ersatzpflicht reduziert werden kann, wenn "Umstände", die der Geschädigte zu vertreten hat, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens einwirkten⁹⁷. Ohne weiteres fand der Umstand des Berufsrisikos, des Risikos, welches eine Entlastung des Arbeitnehmers rechtfertigt, in der Liste der Herabsetzungsgründe Aufnahme.

⁹⁵ Etwa zusammen mit der "Betriebsgemeinschaft"; vgl. BARTON 60; MEIER 23 f.; PALME 156; RUPPERT 30, der richtigerweise bemerkt, die Treuepflicht finde ihre Wurzel in der Betriebsgemeinschaft, weshalb das RAG (in ARS 41, 259) damit nichts Neues besage; vgl. auch RUPPERT, a.a.O. FN 19.

⁹⁶ Vgl. GAMILLSCHEG/HANAU 46 ff.; MEIER 24 und dort in FN 38 zit. Lit.

⁹⁷ Vgl. u. § 10 II B.

Die Anwendung der erwähnten "Sphärentheorie" und damit die Einordnung des Berufsrisikos in die Reduktionsgründe hatten vieles für sich; angesichts des revidierten Haftungsartikels erscheint es jedoch als müssig, sich über eine dogmatisch richtige Begründung auszulassen.

bb) Das Berufsrisiko in Art.321e Abs.2 OR

Obgleich also auch schon vor der Revision das Berufsrisiko des Arbeitnehmers hatte berücksichtigt werden können (aber nicht müssen), zog der Gesetzgeber eine positiv-rechtliche Regelung vor. Damit fand er zwar nicht durchwegs Zustimmung⁹⁸, doch sind die Vorteile nicht zu übersehen⁹⁹: denn nun hat man nicht bereits zum vornherein bei einzelnen Arbeitnehmerkreisen oder für bestimmte Schadensfälle das Berufsrisiko ausser acht zu lassen¹⁰⁰, was gerade in bezug auf die Mankohaftung von einiger Bedeutung ist¹⁰¹.

Die Aufnahme des Berufsrisikos in die Haftungsnorm hat dessen Berücksichtigung im Sorgfaltsmass zur Folge; ob man also eine bestimmte Tätigkeit als schadensgeneigt taxiert, hat

⁹⁸Vgl. MEIER 15 f.

⁹⁹M.E. wäre zwar die Einführung einer generellen Haftungsbeschränkung -bei leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers würde dies Ausschluss der Haftung bedeuten- durchaus gerechtfertigt; dennoch: der Haftungsartikel in der heutigen Form bietet Vorteile gegenüber Art.328 aOR (vgl. u. cc (1) und § 10 II C 3).

¹⁰⁰Aus Art.321e Abs.2 OR ergibt sich zwingend die Berücksichtigung des Berufsrisikos.

¹⁰¹Vgl. REINECKE, ZfA 1976, 219 und dort in FN 18 zit. Lit.; WOLTERECK, Mankohaftung 43 f. und dort zit. Entscheide; u. dd.

seine Auswirkung auf die Verschuldensgrösse des Arbeitnehmers¹⁰². Trotz dem Gebot der zwingenden Berücksichtigung sind jedoch die aus der Beachtung des Berufsrisikos erwachsenden Probleme keineswegs leichter zu lösen als früher.

cc) Schadensneigung und Verschulden

Soll aufgrund des Berufsrisikos die Haftung des Arbeitnehmers beschränkt werden, stellt sich vorerst die Frage, ob dessen Tätigkeit schadensgeneigt ist¹⁰³.

(1) Die gefahrbehaftete Tätigkeit

Das Vorliegen einer Schadensneigung ist dann anzunehmen, wenn bei der Tätigkeit des Arbeitnehmers in Berücksichtigung der "menschlichen Unzulänglichkeit"¹⁰⁴ mit "typischen"¹⁰⁵ und somit voraussehbaren Fehlleistungen sowie mit einem Schadenseintritt gerechnet werden muss¹⁰⁶. Die Schadensgeneigtheit stellt damit eine Eigentümlichkeit der zugeteilten Arbeit dar¹⁰⁷. Es wird sich nun allerdings kaum eine Arbeit finden lassen, die man nicht fehlerhaft verrichten könnte, und wenige Fehlgriffe sind denkbar, die

¹⁰² MEIER 34.

¹⁰³ Erst für den Umfang des Schadenersatzes ist der Grad des Verschuldens massgebend (vgl. u. ee sowie § 10 II).

¹⁰⁴ RAG in ARS 41, 55.

¹⁰⁵ BARTON 59; WOLTERECK, Mankohaftung 47.

¹⁰⁶ BARTON, a.a.O.

¹⁰⁷ Die nahe Gefahr eines Schadenseintrittes liegt in der konkreten Arbeitsaufgabe (vgl. RUPPERT 23). Lediglich sachliche Momente sind ausschlaggebend (ebenso RUPPERT 23; a.M.: HERSCHEL, JZ 1960, 648; vgl. auch die bei RUPPERT, a.a.O. in FN 43 zit. Lit.).

weder voraussehbar noch für eine Schadensverursachung geeignet wären. Dennoch ist nicht jede Tätigkeit als gefahrbehaftet zu bezeichnen¹⁰⁸: Will man den Arbeitgeber nicht benachteiligen, darf erst von schadensgeneigter Arbeit, d.h. von einem Berufsrisiko gesprochen werden, wenn die Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung einen bestimmten Grad erreicht¹⁰⁹, so dass anzunehmen ist, jedem anderen verantwortungsbewussten und sorgfältigen Arbeitnehmer hätte dasselbe Missgeschick auch unterlaufen können¹¹⁰; nur dann fällt das Berufsrisiko in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers.

Die Höhe des zu erwartenden Schadens spielt insofern keine Rolle¹¹¹, als bei jedem Mankofall die spezielle Gefahrenlage zu berücksichtigen ist¹¹². Andererseits vermag die Möglichkeit eines besonders hohen Schadens allein weder einen Ausgleich noch überhaupt die Schadensneigung zu begründen¹¹³.

Zu bedenken ist ferner, dass gewisse "Gefahren" in einem Betrieb auf das Verschulden des Arbeitgebers zurückzuführen sind¹¹⁴; sind aber betriebliche Mängel, die hätten beseitigt werden können, als Teilursachen der Schadensentstehung

¹⁰⁸ Unrichtig ist wohl WOLTERECKS Annahme, "Grösse und Wahrscheinlichkeit" der Gefahr seien nicht "Tatbestandsmerkmale für den innerbetrieblichen Schadensausgleich": mit der typischen Gefahrenlage ist nämlich gerade die besondere Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes gemeint (vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 47 f.).

¹⁰⁹ MEIER 41 spricht von einer "gewissen Intensität" des Berufsrisikos.
Von einigen wird eine "besonders grosse" Wahrscheinlichkeit verlangt: vgl. HUECK/NIPPERDEY, Arbeitsrecht I § 35 II 4; PALANDT/PUTZO, Bürgerliches Gesetzbuch (37.A. München 1978) N 14 b) aa) zu § 611 BGB.

¹¹⁰ RAG in ARS 41, 58. Damit ist zugleich gesagt, dass es nicht darauf ankommt, wer die Arbeit ausführt.

¹¹¹ Vgl. u. § 10 II C 3.

¹¹² Also ebenso bei kleinen Schäden.

¹¹³ Ähnlich BULLA, DAR 1942, 34; MEIER 43 f.; RUPPERT 22.

¹¹⁴ Vgl. zur fehlerhaften Betriebsführung u. § 10 II B 1 a aa.

zu werten, ist dies bei der Schadenersatzbemessung von Bedeutung¹¹⁵. Soll nun alles von der Frage abhängen, ob eine Schadensneigung, die besondere Wahrscheinlichkeit eines Mankoeintrittes, bei der fraglichen Tätigkeit anzunehmen sei¹¹⁶, wird die Grösse des richterlichen Ermessensspielraumes ersichtlich. MEIER¹¹⁷ hat sich bemüht, diesen Spielraum zugunsten der Rechtssicherheit einzuengen, indem er mit einer allgemeinen Formel das Berufsrisiko zu umschreiben suchte¹¹⁸. Angesichts der heutigen gesetzlichen Regelung mag man MEIER in diesem Bestreben unterstützen; im Hinblick auf eine Neuregelung der Arbeitnehmerhaftung aber wären die Möglichkeiten einer generellen Haftungsbeschränkung zu überdenken, so dass der Unsicherheit stiftende Begriff des Berufsrisikos ausser acht gelassen werden könnte. Auf diese z.T. von der Lehre bereits vorgeschlagenen und von der Rechtsprechung angewandten Möglichkeiten wird noch einzutreten sein¹¹⁹.

(2) Erfordernis der Einwirkung auf die Schadensentstehung

Es wäre falsch, wollte man bestimmte Arbeiten generell als schadensgeneigt taxieren¹²⁰; anderseits mögen bei normalerweise "ungefährlichen"¹²¹ Arbeiten einzelne Tätigkeiten oder Handlungen mit besonderen Gefahren behaftet sein¹²². Es ist

¹¹⁵ Zum Selbstverschulden des Geschädigten vgl. u. § 10 II B 1 a.

¹¹⁶ Vgl. u. dd.

¹¹⁷ MEIER 42 ff.

¹¹⁸ Bei der Ermittlung der Gefahrenquellen unterscheidet MEIER (43) vier Gefahrenbereiche (vgl. auch dort in FN 11 zit. Lit.).

¹¹⁹ Vgl. u. § 10 II C 2.

¹²⁰ Ähnlich WOLTERECK, Mankohaftung 48 f.

¹²¹ Mit gefährlich ist selbstredend nicht gemeint, dass sich etwa besonders leicht Unfälle ereignen.

¹²² RUPPERT 21 f.

daher stets zu prüfen, ob die Voraussetzung der typischen Gefahrenlage gerade für die Handlungen, die zum Schaden führten, gegeben ist. Dass es allein auf die konkrete Gefahrenlage ankommt, wurde sowohl in der deutschen Rechtsprechung¹²³ als auch in der Lehre erkannt¹²⁴.

Weil nun eine generelle Begriffsumschreibung des Berufsrisikos abzulehnen ist, erscheint eine Einteilung in Berufe mit und solche ohne Risiko als wenig sinnvoll, wenn auch bei gewissen Berufsarten eine starke Vermutung für die Schadensneigung im konkreten Fall sprechen mag¹²⁵.

dd) Berufsrisiko und Mankohaftung

Nach der vorherrschenden Meinung in der BRD finden die Grundsätze der gefahrbehafteten Tätigkeit -abgesehen von wenigen Ausnahmen- auf die Fälle der Mankohaftung keine Anwendung¹²⁶. Als Begründung hiefür wird vorwiegend geltend gemacht, eine unbillige Zurücksetzung der Arbeitgeberinteressen sei zu verhindern; im übrigen verpflichte sich der Arbeitnehmer, dem Waren anvertraut würden, zu gesteigerter Sorgfalt¹²⁷. Ein Kompromiss stellt das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen¹²⁸ dar, das die Tätigkeit des mit anvertrauten Gütern beschäftigten Arbeitnehmers zwar als

¹²³ Vgl. u.a. AP Nr.22 zu § 611 BGB (BAG, U vom 3.03.1960).

¹²⁴ Vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 48 f. und dort zit. Lit.

¹²⁵ So auch MEIER 45.

¹²⁶ BAG in AP Nr.32, 64 und 67 zu § 611 BGB (U vom 13.03.1964, 26.01.1971, 3.08.1971); BULLA, DB 1952, 59; PALME, BlStSozArbR 1964, 157 und dort FN 16; ZOELLNER, Wolfgang: Arbeitsrecht (München 1977) 157.

¹²⁷ Vgl. BULLA, a.a.O. 159; PALME, a.a.O. 157.

¹²⁸ LAG Bremen in BB 1957, 1037.

nicht gefahrgeneigt bewertet, eine Schadensteilung (unter Hinweis auf des Arbeitgebers Betriebsrisiko) bei leichtester Fahrlässigkeit aber gleichwohl vornimmt¹²⁹.

In der neueren Lehre wird diese Ansicht des öfteren kritisiert und die Gefahrgeneigung in allen Mankohaftungsfällen bejaht¹³⁰. REINECKE¹³¹, der auf die Definition des Bundesarbeitsgerichtes¹³² abstellt, vertritt die Meinung, dass "Mankoschäden bei Kassierern, Lagerverwaltern und ähnlichen Berufen ebenso typisch sind wie Unfallschäden bei Kraftfahrern"¹³³. Des weiteren weist er darauf hin, das Argument der gesteigerten Sorgfaltspflicht spreche nicht etwa gegen die Anwendung der Grundsätze über die gefahrgeneigte Arbeit¹³⁴; ebenso würden die Interessen des Arbeitgebers nicht in unbilliger Weise zurückgesetzt¹³⁵, da die Gefahr einer Schädigung durch leichte oder mittlere Fahrlässigkeit bei der Arbeit des der Mankohaftung unterliegenden Arbeitnehmers nicht grösser sei als bei anderen gefahrgeneigten Tätigkeiten auch¹³⁶.

Diesen Ansichten ist zu folgen: Es ist nicht einzusehen, weshalb z.B. mit dem Versehen eines Kassiers bei der Geld-

¹²⁹ BB 1957, 1037.

¹³⁰ BARTON 66 und 69 (für den Filialleiter); REINECKE 221; WOLTERECK, Mankohaftung 44 f. und dort in FN 112 zit. Lit.

¹³¹ REINECKE 221.

¹³² BAG in AP Nr.4 zu § 898, 899 BGB (U vom 25.09.1957); vgl. auch RAG in: ARS 41, 58 (U vom 18.12.1940).

¹³³ REINECKE, a.a.O.

¹³⁴ Wenn eine bestimmte Aufgabe besondere Sorgfalt erheische, so sei dies schon bei der Bestimmung der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" (§ 276 Abs.1 BGB) zu berücksichtigen (REINECKE 222).

¹³⁵ REINECKE, a.a.O. nimmt an, dass hinter der Aussage, eine Haftungsmilderung setze die Arbeitgeberinteressen unbillig zurück, die Befürchtung eines Verlustes der Präventionswirkung stehe.

¹³⁶ REINECKE 223.

herausgabe nicht als mit einem "typischen Abirren von der Dienstleistung"¹³⁷ erfahrungsgemäss zu rechnen wäre. Desgleichen erscheint ein Schaden durch Bruch bei der Tätigkeit des Tellerwäschers als ebenso typisch wie der Kollisionsschaden des Fahrzeuglenkers. Auch mag die Arbeit in einem Filialbetrieb des Detailhandels mit seinen zahlreichen Schadensquellen im Einzelfall durchaus schadensgeneigt sein¹³⁸. Ueberhaupt sind doch bei praktisch allen Arbeiten Situationen denkbar, in denen der Arbeitnehmer -nicht bloss unter extrem starker Belastung¹³⁹- weniger konzentriert bzw. sorgfältig handelt oder gar zu handeln imstande ist. Ohne Zweifel erfordert der Umgang mit fremden Waren und Geldern besondere Sorgfalt, doch berührt dies die Frage nach der Schadensneigung nicht; das Mass der Sorgfalt bestimmt sich ja jeweils nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung des verlangten Bildungsgrades oder der geforderten Fachkenntnisse.

Die Frage, ob die einen Schaden nach sich ziehende Handlung gefahrgeneigt sei, ist jedenfalls zu prüfen und wird zugunsten des für ein Manko haftenden Arbeitnehmers vielfach zu bejahen sein¹⁴⁰. Abschliessend sei noch einmal festgehalten, dass -wie aus den oben angestellten Erwägungen folgt- im Falle einer schadensgeneigten Arbeit das Berufsrisiko gemäss Art.32le OR zwingend zu berücksichtigen ist.

¹³⁷ Vgl.o. § 5 IV C 2 b cc.

¹³⁸ Ebenso BARTON 66.

¹³⁹ Vgl.u. § 10 II B 1 a bb.

¹⁴⁰ Gl.M.: REINECKE 240; WOLTERECK, Mankohaftung 45.

ee) Auswirkungen auf das Mass der Sorgfalt

Nach den vorstehenden Ausführungen braucht der Arbeitnehmer einen Teil des von ihm verursachten Schadens nicht zu verantworten, da es gewissermassen in der Natur seiner (gefahr geneigten) Tätigkeit liegt¹⁴¹, dass er Fehler mit verhängnisvollen Auswirkungen begeht. Das Sorgfaltsmass ist diesfalls auch unter Berücksichtigung ebendieser Schadensneigung festzusetzen¹⁴². Hieraus folgt, dass man bei Vorliegen einer (im Normalfall) leichten Fahrlässigkeit Schuldlosigkeit des Arbeitnehmers anzunehmen hat, der eine gefahrbehaftete Tätigkeit verrichtet. Die mittlere Fahrlässigkeit wird dann zur leichten, die grobe zur mittleren¹⁴³. In dieser Form dürfte die Grundregel praktikabel sein¹⁴⁴. In der neueren Rechtsprechung wurden von einem Teil der Lehre unterstützte Versuche unternommen, eine klare betragsmässige Begrenzung der Haftung zu erreichen¹⁴⁵. Auf die Problematik dieser Praxis wird bei den im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu behandelnden Vorschlägen näher einzugehen sein¹⁴⁶.

¹⁴¹"Die Eigenart gewisser Dienste bringt es mit sich..." (RAG in ARS 41, 58).

¹⁴²Umstände wie Lohnhöhe, Stellung im Betrieb, Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers usw. sind nicht von Einfluss auf das Berufsrisiko. Vgl. hiez u FREY, Die Beschränkung der Ersatzpflicht des Arbeitnehmers, AuR 1953, 8; RUPPERT 40; WOLTERECK, Mankohaftung 54.

¹⁴³Für MEIER 38 eine Faustregel, von welcher der Richter (ohne Not) nicht abweichen sollte.

¹⁴⁴Ebenso MEIER, a.a.O.

¹⁴⁵Vgl. den Bericht des Gewerbl. Schiedsgerichtes Basel-Stadt über die Rechtsprechung im Jahre 1973, 15; MEIER 39, 71 ff.

¹⁴⁶Vgl. u. § 10 II C 2.

Obwohl praktisch Unterschiede vorkommen, fehlt es an der Notwendigkeit einer Einteilung der Schadensneigung in verschiedene Grade¹⁴⁷, und eine Abstufung kann unterbleiben. Allfällige ungleiche Behandlungen vermag man bei der Beurteilung der Verschuldensgrösse aufzufangen, wenn auch durch dieses Vorgehen eine Vermengung von Gefahrneigung und Verschulden nicht auszuschliessen ist¹⁴⁸.

ff) Die Beweislast

Da das Berufsrisiko beim Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, also im Rahmen des Verschuldens zu berücksichtigen ist, ergibt sich als Konsequenz, dass diejenige Partei das Vorliegen eines Berufsrisikos bzw. einer Schadensneigung nachzuweisen hat, welche die Beweislast in bezug auf das Verschulden trifft¹⁴⁹; nach der heutigen gesetzlichen Regelung liegt der diesbezügliche Nachweis beim Arbeitnehmer¹⁵⁰.

c) Die Berücksichtigung der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers

Aufgrund von Art.32le Abs.2 a.E. OR gilt für das Sorgfaltsmass in beschränktem Rahmen ein subjektiver Massstab: Da die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeit-

¹⁴⁷ Gl.M.: MEIER 45.

¹⁴⁸ MEIER, a.a.O. vertritt allerdings die Ansicht, gerade durch eine Abstufung wäre "eine starke Vermengung und Ueberschneidung des konkreten Berufsrisikos mit der Fahrlässigkeit" zu befürchten.

¹⁴⁹ Vgl.u. § 7 I.

¹⁵⁰ Der Arbeitnehmer hat sich zu exkulpieren.

nehmers¹⁵¹ auf dessen Persönlichkeit beruhen, ist bei der Abklärung eines Mankofalles mitunter die Person des Schädigers anzusehen.

Mit der Uebernahme seiner Tätigkeit garantiert der Arbeitnehmer die Fähigkeiten und Eigenschaften, die zu einer korrekten Erfüllung der vertraglichen Pflichten erforderlich sind¹⁵². Er darf sich deshalb -was sich aus dieser Garantiepflicht¹⁵³ ableiten lässt- ohne die nötigen Kenntnisse und die Ausbildung, die man von ihm erwarten darf¹⁵⁴, nicht einstellen lassen¹⁵⁵. Wenn nun auch der Arbeitnehmer diese Voraussetzungen zu prästieren hat, soll anderseits der Arbeitgeber doch die Beschaffenheit bzw. Tauglichkeit der Arbeitskraft vorerst feststellen; er unterliegt einer Prüfungs- und Beaufsichtigungspflicht, da er bei einem bewussten oder fahrlässigen Ausserachtlassen der Eigenschaften und Fähigkeiten (bzw. Unfähigkeiten) des Eingestellten allfällige Ansprüche verliert¹⁵⁶. Diese Vorschrift wirkt sich somit bisweilen "haftungsmildernd" aus, da der durch einen erkennbar unzuverlässigen Arbeitnehmer verursachte Schaden von den Vertragspartnern gemeinsam zu vertreten ist¹⁵⁷.

¹⁵¹ Vgl. hiezu IZVEREN 64 ff.

¹⁵² Man spricht hier von "verkehrswesentlichen" Eigenschaften.

¹⁵³ Zur Prästationspflicht vgl. IZVEREN 30 f. und 65 f.

¹⁵⁴ Man darf die Fähigkeiten und Eigenschaften erwarten, die bei der fraglichen Beschäftigungsart mit "gewöhnlichem Fleiss und normaler Gewissenhaftigkeit" erworben werden können (IZVEREN 66).

¹⁵⁵ Vgl.o. § 5 IV B und C.

¹⁵⁶ Was nicht bedeutet, dass der Arbeitnehmer nur hafte, wenn ihm abgesehen von den erkennbaren Mängeln noch ein Vorwurf gemacht werden kann. Dass man bezüglich "Beaufsichtigungspflichten" auch zu weit gehen kann, bewies das Gewerbl. Schiedsgericht Basel-Stadt, das eine Forderung des Arbeitgebers mit der Begründung abwies, der Arbeitnehmer hätte

Weil nicht bloss die bekannten, sondern auch die erkennbaren Fähigkeiten und Eigenschaften in Betracht zu ziehen sind, hat diese der Arbeitgeber zu ermitteln. Vor Vertragsabschluss sollten zumindest die Zeugnisse konsultiert werden¹⁵⁸. Evtl. empfiehlt es sich, einen Eignungstest durchzuführen sowie eine Probezeit festzusetzen¹⁵⁹. Wichtiger aber wird die (v.a. anfängliche) sorgfältige Beaufsichtigung des Arbeitnehmers sein. Uebernimmt dieser zu schwierige, für ihn nicht zu bewältigende Aufgaben, unterliegt er i.d.R. nicht einer vollen Haftung, da der Arbeitgeber, zeigt er die nötige Umsicht, allfällige Unzulänglichkeiten bemerken sollte¹⁶⁰. Rechnet letzterer angesichts der "körperlichen, geistigen und seelischen Beschaffenheit" des Eingestellten¹⁶¹ gar mit dessen fehlerhaften Handlungen, wird er u.U. den Schaden selber tragen müssen¹⁶².

Schliesslich bleibt zu bemerken, dass ein Verschulden des Arbeitgebers auch vorliegen kann, wenn dieser unfähig war, aufgrund aller Anhaltspunkte den Arbeitnehmer richtig einzuschätzen und dessen Persönlichkeit zu erkennen.

unter Hinweis auf den möglichen Schadenersatz zur Arbeit aufgefordert werden sollen (Gewerbl. Schiedsgericht BS, SAZ 1975 Nr.45; U vom 27.08.1973).

¹⁵⁷ In der deutschen Lehre sieht man hierin auch eine schuldhaft Mitverursachung; vgl. BARTON 54 mit Hinweisen.

¹⁵⁸ Die Richtigkeit der Arbeitszeugnisse ist allerdings relativ und bedingt.

¹⁵⁹ Eine Probezeit kann durch Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsvertrag auf höchstens drei Monate verabredet werden (Art.334 Abs.2 OR).

¹⁶⁰ In vielen (v.a. Gross-) Betrieben ist es jedoch für den -vielleicht sogar fachunkundigen- Arbeitgeber einigermassen schwierig, die persönliche Eignung selber zu überprüfen. Dann hat er aber Erfüllungsgehilfen zu bestellen.

¹⁶¹ IZVEREN 65.

¹⁶² So bei einem völlig falschen Einsatz des Arbeitnehmers. Vgl. SCHWEINGRUBER, Kommentar N 3 zu Art.321e OR und dort angeführte Beispiele.

V. Zentrale Bedeutung der Anspruchsvoraussetzungen der Pflichtwidrigkeit und des Kausalzusammenhangs

A. Bestehende gesetzliche Regelung der Verschuldenshaftung

Nach der Behandlung der verschiedenen Voraussetzungen einer Inanspruchnahme wird man sich vielleicht des Zweckes der vorliegenden Arbeit erinnern und dabei nach deren Notwendigkeit fragen, wenn doch die Mankohaftung nichts von jeder anderen Arbeitnehmerhaftung unterscheiden soll. Man wird sich in diesem Zusammenhang sogar die Wünschbarkeit von Sondernormen überlegen; dies angesichts der Häufigkeit von Mankoschäden sowie des Umstandes, dass -vorausgesetzt, die gesetzlichen Vorschriften werden befolgt¹⁶³- der Arbeitgeber (nirgends so häufig wie bei der Mankohaftung) für nicht selbst verursachte Schäden eintreten muss. Haben beispielsweise zwei oder mehrere Arbeitnehmer Zugang zu einer Kasse oder steht neben einem Filialleiter ein weiterer Mitarbeiter in derselben bzw. ähnlicher Funktion, so dass bei Eintritt eines Mankos der Verursacher nicht zweifelsfrei zu eruieren ist, trägt tatsächlich derjenige den Schaden, der ihn sicher nicht zu verantworten hätte: der Geschädigte selber¹⁶⁴.

Einerseits besteht oft die Unmöglichkeit, den Verursacher eines Schadens festzustellen, andererseits führt der fehlende Nachweis der Verursachung durch einen bestimmten Arbeitnehmer¹⁶⁵ bereits zum Scheitern von Ansprüchen¹⁶⁶. Es liegt deshalb nahe, nach einer Lösung zu suchen, die für solche Fälle eine Verteilung des Schadens vorsieht.

¹⁶³vgl. u. § 9 III.

¹⁶⁴vgl. BLEISTEIN 2213.

¹⁶⁵Die diesbezügliche Beweislast liegt beim Arbeitgeber (vgl. u. § 7 I).

¹⁶⁶BLEISTEIN 2213.

B. Ablehnung einer Spezialnorm de lege ferenda

Eine Verteilung des Schadens bei Nichtfeststehen des Verursachers wäre allerdings nur auf dem Wege der Einführung einer Zufallshaftung zu erreichen¹⁶⁷; und solches wird man sich nicht allen Ernstes überlegen. Schliesslich ginge es lediglich um die Entscheidung, welche Seite "zu Unrecht" für ein Manko haften soll; hierbei hätte man sich wohl nicht bloss unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit (mit Berücksichtigung der verschieden gelagerten Interessen) für die bestehende Ordnung auszusprechen. Denn ohne Zweifel ist die Tatsache, ein Manko einmal nicht zuordnen zu können, dem Unternehmerrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen. Diesem steht es frei, sich durch Einkalkulieren ungedeckter Manki schadlos zu halten. Auch kann er sich durch geeignete Massnahmen weitestgehend absichern¹⁶⁸. Daher erscheint seine Besserstellung nicht gerechtfertigt.

¹⁶⁷ Zur Erfolgshaftung müsste auch eine Umkehr der Beweislast in bezug auf die Verursachung führen (vgl. u. § 9 I C).

¹⁶⁸ So besteht z.B. in manchen grösseren Betrieben die Vorschrift, vor Uebergabe einer Kasse an einen anderen Arbeitnehmer abzurechnen.

VI. Zusammenfassung

Die allgemeine Mankohaftung ist eine Verschuldenshaftung. Ein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer setzt zum ersten einen (wirtschaftlichen) Schaden zum Nachteil des Arbeitgebers voraus. Von zentraler Bedeutung sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des vertragswidrigen Verhaltens sowie des Kausalzusammenhangs, wobei stets das Vorliegen von Gründen zu prüfen ist, die die Pflichtwidrigkeit auszuschliessen vermögen. Die Verletzung der Arbeitspflicht als Massnahme eines rechtmässigen Arbeitskampfes erscheint als pflichtwidrig, wenn sie ein Manko zur Folge hat, denn dieses geht über den Schaden hinaus, der aus der reinen Arbeitsniederlegung resultiert. Schliesslich muss der Arbeitnehmer das Manko verschuldet, d.h. vorsätzlich bzw. fahrlässig verursacht haben.

Für die Festlegung des Sorgfaltsmasses bildet das einzelne Arbeitsverhältnis den Ausgangspunkt. Im Falle einer schadensgeneigten Arbeit verlangt Art.321e OR zwingend die Berücksichtigung des Berufsrisikos. Die Frage, ob für die Tätigkeit eines bestimmten Arbeitnehmers eine Gefahrneigung anzunehmen sei, ist stets zu prüfen und wird i.d.R. auch zu bejahen sein.

Dem Arbeitgeber obliegt es, die Fähigkeiten des Arbeitnehmers zu prüfen, diesen richtig einzusetzen und auch zu beaufsichtigen; er verliert allfällige Ansprüche gegen den Arbeitnehmer, wenn er dessen Fähigkeiten und Eigenschaften bewusst oder fahrlässig ausser acht lässt.

§ 6 Haftung einer Mehrheit von Arbeitnehmern

Sind an der Entstehung eines Mankos mehrere Arbeitnehmer beteiligt, ergeben sich keine besonderen Probleme¹, wenn nicht ein Unterordnungsverhältnis vorliegt und jeder Mitverursacher für den eingetretenen Schaden nach dem Grade seines Verschuldens haftet². Besteht hingegen ein Subordinationsverhältnis, stellt sich vorerst die Frage, ob und inwieweit ein Vorgesetzter für pflichtwidrige Handlungen der ihm untergeordneten Arbeitnehmer einzustehen habe³.

I. Beim Subordinationsverhältnis

A. Einleitung

In der deutschen Literatur findet sich die Ansicht, den Arbeitnehmer, der seine Hilfskräfte selbständig (wenn auch formell für den Arbeitgeber) einstelle, treffe nach § 278 BGB⁴ eine Haftung für das Verschulden seiner "Erfüllungsgehilfen"⁵; als solche seien die untergeordneten Arbeitnehmer aufzufassen, wenn der Arbeitgeber keinerlei Einfluss

¹Ohne Bedeutung sind an dieser Stelle die Probleme beweisrechtlicher Natur, die sich für den Arbeitgeber in solchen Fällen ergeben (vgl.o. § 5 V sowie u. § 7 I).

²WOLTERECK will bei der Inanspruchnahme mehrerer Arbeitnehmer für denselben Schaden den Gleichbehandlungsgrundsatz heranziehen; er meint, indem er einen wohl seltenen Fall konstruiert, einer ungleichmässigen Inanspruchnahme könne u.U. das Willkürverbot (Prinzip der Gleichbehandlung) entgegenstehen (WOLTERECK, Haftung einer Mehrheit von Arbeitnehmern für denselben Schaden, BB 1963, 1181 f.). A.M.: FREY, Gleichbehandlung, AuR 1960, 40 f.

³Vgl. BARTON 44 ff.; BULLA, DB 1952, 58; ENDEMANN, AuR 1953, 299; WOLTERECK, a.a.O. 1180 ff.

⁴"Verschulden des Erfüllungsgehilfen."

⁵So z.B. BULLA 58.

auf Auswahl oder Beaufsichtigung und Anleitung nehme. Dann aber habe der Arbeitnehmer das Verschulden der Hilfskräfte wie eigenes zu vertreten. Vielleicht -meint BULLA⁶- sei die Sache anders zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber die Gehilfen (auswähle und) dem Arbeitnehmer zuordne.

Es herrscht aber in der BRD doch die Meinung vor, dass nur in den seltensten Fällen die Mitarbeiter des beanspruchten Arbeitnehmers als Erfüllungsgehilfen anzusehen seien und die Vorschrift von § 278 BGB eingreife⁷. Für den Begriff des Erfüllungsgehilfen sei entscheidend, ob die Hilfskraft im Interesse und zum Vorteil des vorgesetzten Arbeitnehmers tätig werde; in dessen Entlastung liege aber v.a. ein grosser Vorteil für den Arbeitgeber, der sich durch die Arbeitsteilung zwischen leitendem Arbeitnehmer und Hilfskraft neue "Gewinnchancen" schaffe⁸. Auch die vom Arbeitnehmer selber eingestellte Hilfskraft erfülle nicht dessen Verbindlichkeiten.

B. Haftung für Hilfspersonen

Lässt der Arbeitnehmer die Erfüllung seiner Vertragspflicht durch eine Hilfsperson⁹ vornehmen, haftet er für den Schaden, den diese Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht¹⁰. Soll die Vorschrift von Art.101 Abs.1 OR zur

⁶ BULLA, a.a.O.

⁷ So u.a. BARTON 44 f.; WOLTERECK, a.a.O. 1180. f.

⁸ WOLTERECK, a.a.O. 1180.

⁹ Nach Art.101 Abs.1 OR sind dies namentlich Hausgenossen oder Arbeitnehmer; vgl. hiezu BECKER, Kommentar VI/1 N 9 ff. zu Art.101 OR; GUHL/MERZ/KUMMER 224 f.

¹⁰ Da die Hilfsperson mit der vom Schuldner zu erwartenden Kenntnis und Sorgfalt zu handeln hat, ist ihr Verschulden keine Haftungs Voraussetzung (vgl. BECKER, a.a.O. N 20, 23 zu Art.101 OR; im Ergebnis auch GUHL/MERZ/KUMMER 224).

Zum funktionellen Zusammenhang vgl. BGE 90 II 15.

Anwendung gelangen, muss es sich beim untergeordneten Arbeitnehmer um eine Hilfsperson im Sinne ebendieser Bestimmung handeln, wozu erforderlich ist, dass allein zwischen dem Arbeitnehmer und der Hilfskraft ein Rechtsverhältnis besteht¹¹; zudem hat letztere nicht hauptsächlich eine eigene, sondern eine Vertragspflicht des Arbeitnehmers zu erfüllen¹². Dies wird in der Tat nur in Ausnahmefällen zutreffen: I.d.R. begründen der Arbeitnehmer und dessen nachgeordnetes Personal kein arbeitsrechtliches Verhältnis, auch wenn der Arbeitnehmer die Einstellung (sowie spätere Anleitung und Beaufsichtigung) selbständig (aber in Vertretung des Arbeitgebers) übernimmt¹³. Die Befugnis zur Einstellung von Hilfskräften bzw. Mitarbeitern vermag eine Einstandspflicht nach Art.101 OR nicht zu begründen, wenn der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber und in dessen Interesse¹⁴ handelt¹⁵.

Bei der Beurteilung der Frage, wessen Verbindlichkeiten durch die Verrichtungen der Hilfspersonen tatsächlich erfüllt werden, ist weniger die Ueberlegung ausschlaggebend, dass der Arbeitnehmer nun der übertragenen Aufgaben entho-

¹¹ Das Verhältnis braucht kein arbeitsrechtliches zu sein, d.h. der Schuldner haftet nicht nur für die seiner Weisung unterstellten "Erfüllungsgehilfen" (vgl. BECKER, a.a.O.).

¹² Nicht zu den Hilfspersonen gehört, wer seine eigene Verpflichtung erfüllt (vgl. BECKER, a.a.O. N 10 zu Art.101 OR).

¹³ BULLA 58 meint, wenn es sich bei einer solchen Einstellung auch um einen formellen Vorgang handle, hafte dennoch der Arbeitnehmer nach § 278 BGB.

¹⁴ Auch die Entlastung des Arbeitnehmers liegt nach WOLTERECK, a.a.O. im Interesse des Arbeitgebers.

¹⁵ Ähnlich BARTON 47; WOLTERECK, a.a.O.

ben sei; vielmehr ist wesentlich, dass die Tätigkeit des untergeordneten Arbeitnehmers (zumeist) einem betrieblichen Bedürfnis des Arbeitgebers entspricht. Nach BARTON obliegen jedem der Mitarbeiter eigene Sorgfaltspflichten "nach Massgabe des jeweiligen Arbeitsvertrages"¹⁶; die Hilfskraft erbringt dann ihre eigene Vertragsleistung und erfüllt keine Verbindlichkeit des Arbeitnehmers, der sie anweist. Bedeutungslos ist in diesem Zusammenhang die Einräumung eines Weisungsrechts zugunsten des Arbeitnehmers, der alle Anordnungen aus fremdem Interesse trifft¹⁷.

Steht ausnahmsweise ein Mitarbeiter allein zum Arbeitnehmer in einem Rechtsverhältnis, mag -was im Einzelfall zu prüfen ist- je nach den Umständen eine Haftung nach Art. 101 OR in Frage kommen. Hiefür haben weitere rechtserhebliche Voraussetzungen ("z.B. Eigeninteresse (...) an der Beschäftigung von Mitarbeitern und wirtschaftlich selbständige Stellung (...) bei Uebernahme von Betriebskosten, insbesondere von Löhnen"¹⁸) vorzuliegen¹⁹.

¹⁶ BARTON 47.

¹⁷ Gl.M.: BARTON 46.

¹⁸ BARTON, a.a.O.

¹⁹ So kann etwa beim mittelbaren Arbeitsverhältnis (vgl. hiezu BRUNNER 94; REHBINDER § 8 A I 1) der Mittelsmann für das Verschulden des nur ihm gegenüber vertraglich gebundenen Arbeitnehmers einstehen müssen.

II. Bei Vertretung

Unter Vertretung hat man hier die vorübergehende Wahrnehmung der Aufgaben des abwesenden Arbeitnehmers durch Drittpersonen zu verstehen. Ohne vertragliche Vereinbarungen²⁰ haftet der Arbeitnehmer für die während seiner Abwesenheit entstandenen Manki nach Massgabe der im Gesetze aufgestellten Haftungsgrundsätze. Dabei ist zunächst die Zuständigkeit für den Vertretereinsatz, d.h. für Auswahl, Einstellung und Einarbeitung festzustellen. Bei Einweisung des Vertreters in den Betrieb durch den Arbeitgeber steht eine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers für die während seiner Abwesenheit entstandenen Schäden zum vorneherein ausser Frage, wenn dem Arbeitnehmer in bezug auf das Vertretungsverhältnis keinerlei Pflichten obliegen²¹. Der Arbeitgeber kann sich diesfalls nur an den Vertreter halten²².

Anders u.U., wenn der Arbeitnehmer in irgend einer Weise für den Einsatz des Vertreters die Verantwortung trägt. Dann fragt sich nämlich, ob er bei der Einstellung, mit seinem Vorschlag zuhanden des Arbeitgebers oder auch während der Vorbereitung des Vertreters eigene Sorgfaltpflichten verletzte.

²⁰ Vgl. u. § 9 I.

²¹ Der Vertreter nimmt die Stellung des Arbeitnehmers ein und ist für die von ihm verschuldeten Manki verantwortlich.

²² Ebenso BARTON 50; vgl. auch dort in FN 98 zit. Entscheide.
Abzuklären bliebe im Einzelfall, ob der Arbeitnehmer sich für die Erfüllung seiner Vertragspflicht einer Hilfsperson bediente (vgl. o. I B).
Im Normalfall wird allerdings der Vertreter vom Arbeitgeber bestellt und den Arbeitnehmer treffen i.d.R. diesbezüglich keine Verpflichtungen.

III. Haftung nur bei eigenem Verschulden

Eine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers für von Mitarbeitern und Vertretern verursachte Manki darf nach den vorstehenden Ausführungen -ohne Vorliegen besonderer Vereinbarungen- praktisch²³ nur bei (zusätzlicher) schuldhafter Verletzung eigener Sorgfaltspflichten erfolgen²⁴. Für Schäden, die letztlich (auch) auf eine mangelhafte Auswahl bei der vom Arbeitnehmer vorgenommenen Einstellung, auf eine unzureichende Beaufsichtigung des nachgeordneten Personals²⁵ oder auf die unsorgfältige Wahl des Vertreters zurückzuführen sind, hat der Arbeitnehmer einzustehen. Eine Haftung vermag jede Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten zu begründen, wenn sie für den Schaden kausal ist²⁶.

Ohne weiteres erhellt aus dem eben erläuterten Grundsatz die Schwierigkeit eines Nachweises der für den Schaden kausalen Pflichtverletzung²⁷.

²³ Vgl.o. I B.

²⁴ Vgl. BARTON 48 f.; WOLTERECK, a.a.O. 1181.

²⁵ Nach WOLTERECK, a.a.O. muss schon die Nichteinführung eines "durchdachten Ueberwachungssystems" oder das Unterlassen von Stichproben genügen.

²⁶ Vgl. BULLA 58; ENDEMANN 299; LANGER 38; WOLTERECK, a.a.O.

²⁷ Vgl. BAG in DB 1970, 260 (U vom 11.11.1969); BAG in DB 1970, 1132 (U vom 27.02.1970).
Vgl.u. § 7 I.

§ 7 Die Beweislast

I. Die Beweislastverteilung

In bezug auf die Beweislastverteilung¹ bei der Arbeitnehmerhaftung ist nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung eine Tendenz zur Abkehr von den allgemeinen vertraglichen Haftungsregeln (Art.97 ff. OR)² festzustellen³. Unbestritten blieb zwar stets, dass der Arbeitgeber den Schaden, die objektive Vertragsverletzung sowie den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung zu beweisen habe⁴. Die Beweislastverteilung des Verschuldens erscheint hingegen als nicht eindeutig gelöst.

Nach weitaus vorherrschender Meinung hat der Arbeitnehmer nach Gelingen des dem Arbeitgeber obliegenden Beweises hinsichtlich Schaden, Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang nur die Möglichkeit der Exkulpation⁵ gegenüber einer Vermu-

¹Vgl. hiezu BECKER, Kommentar VI/1 N 96 ff. zu Art.97 OR; GUHL/MERZ/KUMMER 222 f.; LANG, Kommentar N 6 zu Art.328 aOR; MEIER 47 ff.; vonTUHR/ESCHER II 391 f.

Im Allgemeinen: GAUTSCHI, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen (Zürich 1913); GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast (Zürich 1955).

Für das deutsche Recht: BARTON 70 ff.; PALME 155 f.; REINECKE 223 ff.; WOLTERECK, Mankohaftung 58 ff.

²Präsumtion des Verschuldens.

³Vgl. MEIER 51 ff.; VISCHER 360 f.

⁴An dieser Stelle sei auf die verschiedentlich vorkommenden Fehler in gerichtlichen Beweisaufträgen hingewiesen: So gehört es beispielsweise nicht zum Entlastungsbeweis des Arbeitnehmers, vorzutragen, er habe nicht allein Zugang zur Kasse gehabt (vgl. o. § 5 V A); er kann aber solche Umstände durchaus in einem Gegenbeweis (zum Hauptbeweis der Verursachung) geltend machen. Vgl. hiezu BAG in DB 1970, 260; BAG in DB 1970, 1132.

⁵BECKER, Kommentar VI/2 N 12 zu Art.328 aOR; BRUEHWILER, Vorbemerkungen III zu Art.321e OR. GUHL/MERZ/KUMMER 391; IZVEREN 131; OSER/SCHOENENBERGER, Kommentar II N 6 zu Art.328 aOR; STREIFF N 7 zu Art.321e OR;

tung seines Verschuldens. Beim Arbeitnehmer, so wird zumeist argumentiert, liege deshalb der Nachweis des Nichtverschuldens, da die Arbeitnehmerhaftung in bezug auf die Beweislastverteilung ein Anwendungsfall der allgemeinen Norm von Art.97 OR darstelle⁶. Auf die verschiedenen, dieser Vorstellung entgegenstehenden Ansichten ist im folgenden kurz einzugehen:

MEIER⁷ macht geltend, Art.32le OR lasse die Beweislastfrage offen und aus Art.97 Abs.1 OR sei nicht zwingend abzuleiten, dass die in dieser Norm festgelegte Beweislastverteilung auch für die Arbeitnehmerhaftung Geltung habe⁸. Er kommt sodann über Art.1 ZGB sowie über die Prinzipien der Beweislastverteilung⁹ zum Resultat, der Arbeitgeber habe im Rahmen der arbeitsvertraglichen Haftungsbestimmungen das Verschulden des Arbeitnehmers nachzuweisen. Zur Anwendung gelangen das Wahrscheinlichkeits-¹⁰, das Sphärenprinzip¹¹ und das Prinzip des Schutzes des wirtschaftlich und sozial Schwächeren¹². MEIER geht allerdings, um diese Prinzipien überhaupt anwenden zu können, zu Unrecht davon aus, dass in der Arbeitnehmerhaftung die Beweislastverteilung positiv-rechtlich nicht geregelt sei¹³.

VISCHER¹⁴ dagegen wirft, ohne weiter darauf einzugehen, die

⁶ Art.32le OR wird somit als lex specialis zu Art.97 OR aufgefasst.

⁷ MEIER 51 ff.

⁸ Es obliege dann dem Richter, die "unechte Gesetzeslücke" auszufüllen (MEIER 57).

⁹ Vgl. KUMMER, Kommentar I/1 N 126 zu Art.8 ZGB; REINECKE, Die Beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe (Berlin 1975).

¹⁰ Jeweils der als unwahrscheinlicher erscheinende Lebensumstand ist zu beweisen.

¹¹ Wer näher am Beweis ist, hat diesen zu erbringen.

¹² Der wirtschaftlich und sozial Schwächere soll nicht das Risiko eines Fehlurteils tragen.

¹³ MEIER 51.

¹⁴ VISCHER 360 f.

Frage auf, ob nicht Art.32le OR eine eigene Beweislastregel enthalte¹⁵; auch er will somit auf die Anwendung von Art.97 Abs.1 OR verzichten und zielt offensichtlich auf eine Aenderung der (nach herrschender Ansicht) geltenden Beweislastverteilung zugunsten des Arbeitnehmers ab. Ebenso spricht sich LANG¹⁶ gegen die Vermutung des Verschuldens aus und verlangt den Beweis desjenigen, der hieraus einen Anspruch herleite.

In Art.32le OR fehlt tatsächlich eine Bestimmung zur Regelung der Beweislastverteilung, wenn eine solche auch durchaus wünschbar wäre. Dennoch fehlt sie nicht für die Arbeitnehmerhaftung überhaupt: Art.97 Abs.1 OR verteilt die Beweislast bei nicht gehöriger Erfüllung einer Vertragsleistung¹⁷. Die allgemeinen Normen des Obligationenrechts aber gelten bei Fehlen einer speziellen Bestimmung für die besonderen Vertragsverhältnisse, was nirgends bestritten wird¹⁸. Bis im Arbeitsvertragsrecht eine diesbezügliche positivrechtliche Regelung besteht, ist deshalb Art.97 OR für die Verteilung der Beweislast bei der Haftung des Arbeitnehmers heranzuziehen. Nicht etwa, weil eine Umkehr der Beweislast "einen zu starken Einbruch in das Gefüge der vertraglichen

¹⁵ Da in Anwendung von Art.97 OR der Arbeitnehmer (bei Beweislosigkeit) u.U. haftet, obwohl ihn tatsächlich kein Verschulden trifft (und dies der Bestimmung von Art.32le Abs.1 OR zuwiderläuft), könnte man zur Annahme VISCHERS neigen.

¹⁶ LANG, Kommentar N 6 zu Art.328. Im von SCHWEINGRUBER neu bearbeiteten Kommentar ist vom Verschuldensbeweis des Arbeitgebers allerdings nicht mehr die Rede.

¹⁷ Bei nicht gehöriger Erfüllung hat der Schuldner Ersatz für den daraus entstehenden Schaden zu leisten, sofern er seine Schuldlosigkeit nicht darzutun vermag.

¹⁸ Vgl. vonBUEREN 383; GUHL/MERZ/KUMMER 289; MEIER 51.

Haftung" darstellte¹⁹, sondern weil Art.97 OR hinsichtlich sämtlicher Vertragsverhältnisse positiv-rechtliche Geltung hat, sofern für diese keine speziellen Normen anwendbar sind. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beweislastverteilung des Art.97 OR wohl eher auf Kausalhaftungen zugeschnitten ist und dass für die Haftung aus unerlaubter Handlung etwas anderes zutrifft²⁰.

Angewendet auf eine Verschuldenshaftung wie die Haftung des Arbeitnehmers führt die Beweislastregel des Art.97 OR wohl mitunter zu unbefriedigenden Ergebnissen; denn misslingt dem Arbeitnehmer der Entlastungsbeweis, so haftet er u.U. -entgegen dem Grundsatz von Art.321e Abs.1 OR- auch bei Schuldlosigkeit²¹. Dass Art.321e OR eine Sonderbestimmung mit ausführlicher Regelung der Arbeitnehmerhaftung darstellt, spricht natürlich für eine arbeitsrechtliche Regelung der Beweislastfrage²², die aber erst noch zu treffen sein wird.

Die verschiedenen Prinzipien der Beweislastverteilung sind, solange eine gesetzliche Vorschrift besteht, unbedeutend²³. Es genügt hier deshalb, auf die Fragwürdigkeit des Prinzips des Schutzes des Schwächeren²⁴ sowie darauf hinzuweisen, dass bei der Haftung des Arbeitnehmers für ein Manko die Anwendung des Sphärenprinzips sich eher zugunsten des Ar-

¹⁹ So KELLER 346.

²⁰ Vgl.o. § 4 II.

²¹ Vgl.o. § 7 FN 15.

²² MEIER 51.

²³ Die Prinzipien der Beweislastverteilung sind nur in Betracht zu ziehen, wenn der Richter nach seinem Ermessen die Beweislast zu verteilen hat.

²⁴ Vgl. GULDENER, a.a.O. 19.

beitgebers auswirken müsste²⁵.

Wenn de lege ferenda auch eine Aenderung der bisherigen Beweislastverteilung im Sinne einer der Verschuldenshaftung angepassteren Lösung als erstrebenswert erscheint, dürfte dannzumal doch zu überdenken sein, ob allenfalls das Vorliegen der sich haftungsbeschränkend auswirkenden Umstände²⁶ nicht weiterhin vom Arbeitnehmer zu beweisen wäre²⁷.

II. Die Bedeutung des Art.343 Abs.4 OR

Im Zivilprozess gilt weitgehend die Verhandlungsmaxime²⁸, was u.a. die Nichtberücksichtigung nicht behaupteter rechtserheblicher Tatsachen zur Folge hat. Nicht nur bei Beweislosigkeit, sondern auch wenn eine Partei die Behauptung einer rechtserheblichen Tatsache unterlässt²⁹, finden die Beweislastregeln Anwendung³⁰.

Art.343 Abs.4 OR nimmt nun einen Eingriff in die kantonale Zivilrechtspflege vor³¹ und bestimmt für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert³² von

²⁵ So ist z.B. der Filialleiter, dem weitgehend auch Aufgaben aus dem Bereich der Betriebsorganisation übertragen sind, praktisch in allen Fällen der Haftung für ein Manko näher am Beweis (des Verschuldens).

²⁶ Sowohl das Berufsrisiko als auch das (Selbst-) Verschulden des Arbeitgebers, das sich aus der nicht gehörigen Berücksichtigung der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers herleitet.

²⁷ In Anwendung von Art.8 ZGB sollte jede (zu beweisende) rechtserhebliche Tatsache von derjenigen Partei nachzuweisen sein, die sich darauf beruft oder aus ihr einen Anspruch herleitet.

²⁸ Vgl. GULDENER, a.a.O. 19.

²⁹ Wird eine Tatsache vom Beweisgegner behauptet, bleibt sie nur unberücksichtigt, wenn sie bestritten ist.

³⁰ GULDENER, a.a.O. 21.

³¹ SCHOOP 41.

Fr.5'000.-³³ die Geltung der Offizialmaxime, so dass der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Dies bedeutet für die Prozessparteien insofern eine Erleichterung, als nicht mehr von einer eigentlichen Behauptungslast gesprochen werden kann³⁴ und die sich aus der Beweisführungslast ergebenden Nachteile etwas gemildert sind³⁵. Den Parteien liegt es dennoch ob, dem Richter das Tatsachenmaterial zu unterbreiten sowie die Beweismittel zu bezeichnen. Aufgabe des Richters ist es schliesslich vor allen Dingen, die Vollständigkeit der Tatsachenbehauptungen zu überprüfen³⁶. Bei Beweislosigkeit sind die Regeln der Beweislast anzuwenden; Art.343 Abs.4 OR wirkt sich somit auf die Beweislast nicht aus.

³² Der Streitwert bemisst sich nach der bei der ersten Instanz eingeklagten Forderung, ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren (BGE 100 II 358 ff.).

³³ Vielfach wird erwähnt, es sei unklar, ob sich Abs.4 von Art.343 auf sämtliche arbeitsrechtlichen Prozesse ohne Rücksicht auf den Streitwert beziehe; dies hat man m.E. mit der neueren Rechtsprechung (vgl. BGE 103 II 276) zu verneinen; ebenso REHBINDER § 45; WALDER 22; a.M.: MEIER 49 und dort FN 13, der die Auffassung vertritt, aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes sowie aus dem Schutzprinzip im Arbeitsrecht ergebe sich zwingend die Auslegung, dass die Offizialmaxime für sämtliche Arbeitsstreitigkeiten ohne Streitwertbegrenzung gelte; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 6 zu Art.343 OR. Dagegen vgl. aber BOTSCHAFT 406: "Auch an dem bewährten Grundsatz der Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen und der freien Beweiswürdigung soll für Streitigkeiten innert der Streitwertgrenze festgehalten werden (...)".

³⁴ Am Grundsatz der Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen ändert nichts, dass der Richter den Parteien die Behauptungslast auch auferlegen darf.

³⁵ So MEIER 49.

³⁶ BOTSCHAFT 407.

III. Zusammenfassung

Wird der Arbeitnehmer für ein Manko in Anspruch genommen, hat der Arbeitgeber vorerst den Schaden, die objektive Pflichtverletzung sowie den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden darzutun.

Die allgemeine Norm von Art.97 Abs.1 OR, die auch für den Arbeitsvertrag Geltung hat, vermutet bei Gelingen des Arbeitgeberbeweises das Verschulden des Arbeitnehmers, dem der Exkulpationsbeweis offensteht.

In bezug auf die Beweislastverteilung zeitigt die Anwendung der allgemeinen Normen des OR auf die Arbeitnehmerhaftung unbefriedigende Ergebnisse; eine positiv-rechtliche Regelung der Beweislastfrage in der Sondernorm von Art.321e OR ist deshalb anzustreben.

Gemäss Art.343 Abs.4 OR hat in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zur Streitwertgrenze von Fr.5'000.- der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen.

3. Kapitel: Besondere Mankovereinbarungen

§ 8 Allgemeines

Bestimmungen in Gesamtarbeitsverträgen¹ betreffend die Mankohaftung wie auch diesbezügliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Einzelarbeitsverträgen (Weisungen, Regulativen etc.) und Nebenabreden sind grundsätzlich als zulässig zu erachten². Zu ihrer Gültigkeit bedürfen zusätzliche einzelarbeitsvertragliche Haftungsabreden keiner besonderen Form (Art.320 Abs.1 OR); für gesamtarbeitsvertragliche Regelungen ist dagegen die Schriftform vorgesehen (Art.356c Abs.1 OR).

Infolge der Ausgestaltung des Haftungsartikels (Art.321e OR) als relativ zwingende Norm einerseits (Art.362 OR) und durch die Bestimmung von Art.100 Abs.1 OR³ andererseits ergibt sich für die Vertragsparteien eine starke Einschränkung ihrer rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Mankoabreden kommen daher nicht mehr sehr häufig vor⁴.

Im folgenden wird zwischen den eigentlichen Haftungsvereinbarungen⁵ und den Nebenabreden⁶ unterschieden, die nicht in

¹Die Mankohaftung bleibt heute in Gesamtarbeitsverträgen weitgehend unerwähnt. Was die Vereinbarungen über die Sorgfaltspflicht und bei deren Verletzung die Haftung anbelangt, wird zuweilen auf die Bestimmungen des OR verwiesen (vgl. GAV zwischen Coop Winterthur/Schaffhausen und den Personalorganisationen (...) vom 1.01.1979).

²Was sich aus dem auch für das Arbeitsrecht geltenden Prinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie ergibt.

³Vgl.u. § 9 I B.

⁴Im Gegensatz zum deutschen Recht (vgl. dazu BARTON 94 ff.; WOLTERECK, Ersatzansprüche 132 ff.; ders., Mankohaftung 64 ff.). Meist sind sie dann wegen Verstosses gegen Art.362 OR nichtig.

⁵Haftungsverschärfende bzw. -beschränkende Abreden.

⁶Abreden betreffend Mankokassen, -gelder, -spannen oder Kautionen.

direktem Zusammenhang mit der Haftung für ein Manko stehen. Keiner besonderen Erläuterung bedürfen dagegen die zahlreichen klarstellenden Abreden⁷.

§ 9 Der Inhalt von Mankoabreden

I. Eigentliche Haftungsvereinbarungen

A. Verschärfung der Haftung

Trotz eindeutigen gesetzlichen Verbots der Haftungsverschärfung¹ wird gelegentlich vereinbart, der Arbeitnehmer habe für ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitgebers² oder für von Mitarbeitern verschuldete Manki³ einzustehen. Kommen die Parteien überein, der Arbeitnehmer hafte für die während seiner durch Ferien, Krankheit etc. bedingten Abwesenheit eingetretenen Schäden, so ist er für Manki verantwortlich, die auf Verschulden des Stellvertreters zurückzuführen sind. Hierbei handelt es sich stets um ergänzende, die persönliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers erweiternde Abreden⁴; die solcherart rechtsgeschäftlich ergänzte Mankohaftung stellt zwar keine reine, immerhin aber

⁷ Keine Abweichung von der allgemeinen Mankohaftung stellen die Abreden dar, der Arbeitnehmer hafte für jeden Schaden, der durch seine Fahrlässigkeit entstanden sei, oder: er habe keine Haftung für von Mitarbeitern bzw. vom Arbeitgeber verschuldete Manki zu übernehmen. Eben- sowenig wirkt sich die Vereinbarung des Ausschlusses einer Verrechnung mit früheren Ueberschüssen haftungs- verschärfend aus.

Vereinbarungen betreffend das Inventurverfahren sind ebenfalls unabhängig von der Mankohaftung (vgl. BARTON 95 f.).

¹ Vgl. u. § 9 III.

² Vgl. BARTON 97.

³ Vgl. RAG in ARS 10, 156 f.; BARTON, Anhang 147 (Ziff. 18, Geschäftsanweisung I).

⁴ In deutschen Arbeitsverträgen sollen solche Abreden häufiger anzutreffen sein.

eine beschränkte Erfolgshaftung dar.

Auch verschiedene Beweisabsprachen führen zu einer (unerlaubten) Haftungsverschärfung; sie werden weiter unten in einem Sonderabschnitt behandelt⁵.

Besteht ausdrücklich oder implizite die Abmachung, der Arbeitnehmer hafte für einen allfälligen Schaden ohne Berücksichtigung seines Verschuldens⁶, liegt eine -in schweizerischen Einzelarbeitsverträgen hie und da anzutreffende- Zufalls- oder Erfolgshaftung vor⁷. Bei derartigen Abreden ist allerdings stets der Wille der Parteien zu erforschen⁸, steht doch nicht immer zum Vorneherein fest, ob eine Zufallshaftung im Einzelfall tatsächlich vereinbart wurde⁹.

⁵ Vgl. u. C.

⁶ In der Weisung eines schweizerischen Grossbetriebes wird festgehalten, die Arbeitgeberin überiere Kassenmanki bis zu 0,2 Promille des Monatsumsatzes; bei grösseren Manki werde der diese Limite übersteigende Betrag beim Arbeitnehmer eingezogen (vgl. aber u. § 9 FN 9).

⁷ Bei der umfassenden Zufallshaftung spielt weder die Verursachung noch die Zurechenbarkeit eine Rolle: Einzig massgebend ist das Vorhandensein eines Mankos.

⁸ Vgl. hiezu die bei BARTON 102 in FN 50 angeführten Entscheide.

⁹ So sah das BAG in einer tarifvertraglichen Regelung, nach welcher die "Verkaufsangestellten" die "volle Verantwortung" für das ihnen übergebene Gut zu tragen und für Fehlmengen sowie Fehlbeträge aufzukommen hatten, keine Zufallshaftungsklausel: Der Arbeitnehmer habe hier bloss (statt für die im Verkehr erforderliche) für die grösstmögliche Sorgfalt einzustehen (BAG in AP Nr.1 zu § 305 BGB).

B. Beschränkung der Haftung

Die Haftung des Arbeitnehmers wird gelegentlich auch beschränkt oder gar ausgeschlossen¹⁰. Dabei hat man zu berücksichtigen, dass die zum voraus getroffene Abrede, die den Ausschluss der Haftung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit vorsieht, nichtig ist¹¹.

C. Beweislastverträge

Die Abreden über die Verteilung der Beweislast erfahren hier eine gesonderte Behandlung, obgleich sie (wie die vorerwähnten Vereinbarungen) die Haftung - wenn auch indirekt - in erweiternder oder einschränkender Weise zu beeinflussen vermögen¹².

Haftungsverschärfend wirken sich Beweisabsprachen aus, die auf eine Umkehr der Beweislast für die Verursachung des Mankos hinauslaufen¹³. Daneben sind aber auch Abkommen denkbar, die eine Ausdehnung der Exkulpationspflicht¹⁴ bezwecken oder (bei Zufallshaftung) dem Arbeitnehmer die Exkulpation verunmöglichen¹⁵.

¹⁰"Für grobfahrlässige oder dem Arbeitgeber absichtlich zugefügte Schäden kann dem Arbeitnehmer gegenüber Schadenersatz geltend gemacht werden" (Ziff. 1.6.2. der Allgemeinen Anstellungsbedingungen der WARO); diese Bestimmung ist wohl dahingehend aufzufassen, dass die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll.

¹¹Art.100 Abs.1 OR.

¹²Vgl. BARTON 97 ff.; LANGER 45 f.; WOLTERECK, Mankohaftung 76 f.

¹³"Für Inventurmanki ist das verantwortliche Personal (...) haftbar, sofern es nicht beweist, dass das Manko durch höhere Gewalt, Zufall oder Verschulden Dritter verursacht wurde" (Art.7 Ziff.4 GAV Coop Winterthur/Schaffhausen vom 1.1.1979).

¹⁴Bei Vereinbarung einer Haftung für von Mitarbeitern verschuldete Manki kann zusätzlich verabredet sein,

Soll ausdrücklich dem pflichtwidrig handelnden Arbeitnehmer der Exkulpationsbeweis offenstehen, stellt dies nach der hier vertretenen Auffassung¹⁶ eine Wiederholung der gesetzlichen Beweislastregel von Art.97 OR dar¹⁷. Dagegen fällt ein Vertrag, der die Umkehr der Beweislast in bezug auf das Verschulden vorsieht¹⁸, zu Gunsten des Arbeitnehmers aus, der nach den Regeln der allgemeinen Mankohaftung den Nachweis seiner Schuldlosigkeit zu erbringen hätte.

Die vorbehaltlose Vereinbarung einer Umkehr der Beweislast ist in schweizerischen Arbeitsverträgen -soweit ersichtlich- nicht anzutreffen¹⁹. Immerhin wurde dem Arbeitgeber schon bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen der Verschuldensbeweis vertraglich auferlegt: So bestimmt ein Gesamtarbeitsvertrag²⁰, der Arbeitgeber habe das Verschulden des Arbeitnehmers nachzuweisen, wenn er dessen schriftliche Begehren zur Mankoverhütung unberücksichtigt gelassen habe²¹.

dass der Arbeitnehmer auch deren Schuldlosigkeit nachzuweisen habe.

¹⁵ In der Vereinbarung einer Unfallhaftung bleibt für eine Exkulpation kein Raum.

¹⁶ Vgl. o. § 7 I.

¹⁷ Nach h.L. in der BRD trägt auch dort der Arbeitnehmer die Beweislast für seine Schuldlosigkeit; a.M.: BARTON 76 ff., der § 282 BGB bei arbeitsvertraglicher Schlechtleistung nicht angewendet wissen will (ähnlich ENDEMANN 300).

BARTON 98 meint daher, der Zwang, die "Nötigung zur Exkulpation" sei deshalb die wesentliche Folge der vereinbarten Beweislastumkehr.

¹⁸ Manche sehen schon in der ausdrücklichen Haftungsübernahme die Vereinbarung einer Beweislastumkehr (LANGER 45 f.; STRITZKE, NZArbR 1929, 27).

¹⁹ Ebenso in der BRD; vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 76 und dort FN 212.

²⁰ GAV Coop Winterthur/Schaffhausen (...) vom 1.01.1979.

²¹ "Von Coop sind begründete, schriftliche Begehren des Personals, welche zur Verhütung eines Mankos beitragen können, zu berücksichtigen. Lässt Coop solche schrift-

II. Nebenabreden

Im Gegensatz zu den zuvor erläuterten haftungsverschärfenden bzw. -beschränkenden Vereinbarungen stehen die im folgenden zu behandelnden Nebenabreden in keinem direkten Zusammenhang mit der Haftung für ein Manko²². Die Festlegung von Sicherheitsleistungen²³ oder Risikoausgleichszulagen²⁴ ist von der Mankohaftung nämlich insofern unabhängig, als durch sie allein (ohne zusätzliche Haftungsabsprache) keine haftungsverschärfenden Rechtswirkungen erzeugt werden²⁵. Ebenso lassen Nebenabreden die Frage der Beweislast unberührt²⁶.

A. Mankokassen, Mankogelder und Mankospannen

In den Betrieben, die Mankoschäden in besonderem Masse ausgesetzt sind, ist die Gewährung von Verlustspannen durch den Arbeitgeber weitverbreitet. Durch Einrichtung einer Mankokasse, Auszahlung eines festen Mankogeldes oder Fest-

liche Beanstandungen und Begehren nachweisbar unberücksichtigt, so hat sie, wenn sie die Deckung des Mankos beansprucht, auch das Verschulden des oder der Dienstpflichtigen nachzuweisen" (Art.7 Ziff.5 GAV Coop Winterthur/Schaffhausen (...) v.l.l.1979).

Vorerst wäre in einem solchen Fall allerdings zu prüfen, ob der Arbeitnehmer überhaupt vertragswidrig handelte (vgl.o. § 5 II B 1; auch u. § 10 II B 1 a).

²² In der BRD herrscht die gegenteilige Meinung vor: BULLA 81 ff.; KLEBBA 255; PALME 157; STRITZKE 28; vgl. Kritik bei BARTON 106 ff.

²³ vgl.u. § 9 II C.

²⁴ vgl.u. § 9 II A.

²⁵ Da es sich um verschiedene Tatbestände mit unterschiedlichen, voneinander unabhängigen Rechtsfolgen handelt, müssen sowohl die Zulagen und Kautionen als auch die haftungsverschärfenden Regelungen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein.

²⁶ vgl.o. § 9 I C.

legen einer Mankospanne wird den im Betrieb zu erwartenden Ausfällen, die in ihrer Höhe schwer abzuschätzen sind, Rechnung getragen²⁷. Es handelt sich dabei um eine verbindliche Anerkennung der Ausfälle²⁸, wobei nicht bloss die branchenüblichen Schadensquellen²⁹, sondern auch die unvermeidlichen persönlichen Fehlleistungen des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Für die Gewährung von Ausgleichszulagen, welche die nur pauschal erfassbaren Verluste abdecken sollen³⁰, sprechen deshalb ausschliesslich betriebswirtschaftliche Gründe³¹.

Ohne die jeweiligen Zahlungs- und Verrechnungsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen³², seien die Varianten von Risikoausgleichszulagen im folgenden kurz erläutert:

Wird zugunsten des Kassiers eine Mankokasse eingerichtet, die dieser für Fehlbeträge (innerhalb der einzelnen Abrechnungsperioden) in Anspruch nehmen darf, setzt eine Untersuchung darüber, ob der Arbeitnehmer für das Manko aufzukommen habe, erst bei dessen Ueberschreitung der gewährten Verlustspanne ein. M.a.W. stellt sich die Haftungsfrage gar nicht, wenn das Manko sich im festgelegten Rahmen be-

²⁷ Es sei hier auf die uneinheitliche Verwendung der Begriffe hingewiesen.

²⁸ "Mit der Vereinbarung von Mankogeldern oder -spannen wird das Vorhandensein dieser filialbetrieblich bedingten Geschäftsrisiken durch den Arbeitgeber anerkannt" (BARTON 105).

²⁹ Verschnitt, Schwund etc.

³⁰ In der DENNER AG wurde beispielsweise eine sog. Pauschale (pro Warengruppe) errechnet: Frischfleisch: 4%; Charcuterie: 2%; Molkerei: 0,5%; Obst und Gemüse: 4%; Brot und Backwaren: 2%. Für "Bruch" von Kunden und Personal gilt eine "Pauschale" von 0,01% vom Gesamtumsatz.

³¹ BARTON 104.

³² Entweder werden dem Arbeitnehmer feste Beträge ausgerichtet oder es werden ihm Prozentsätze des Umsatzes berechnet und gutgeschrieben.

wegt. Den zur Schadensdeckung nicht benötigten Teil erhält der Arbeitnehmer nicht ausbezahlt. Anders bei Mankogeldern und -spannen, die als finanzielle Nebenleistungen zur Abdeckung der erfahrungsgemäss zu erwartenden Ausfälle ausbezahlt bzw. gutgeschrieben werden³³. (Dem Zwecke nach unterscheidet das Mankogeld nichts von der Mankospanne; ein Unterschied besteht lediglich in bezug auf das Zahlungs- und Verrechnungsverfahren³⁴.)

Der Arbeitnehmer braucht ein Manko nicht zu ersetzen, das sich im Rahmen der gewährten Spanne hält, auch wenn es im Einzelfall einmal nicht auf natürlichen Ausfällen beruht. Dies bedeutet nun nicht, es sei zugleich verabredet, der Arbeitnehmer habe darüber hinaus auch für nichtverschuldete Fehlbestände in voller Höhe zu haften³⁵. Nach überwiegender Auffassung in Deutschland ist zwar in der Gewährung des Mankogeldes die Vereinbarung der Haftungsübernahme zu erblicken³⁶; dieser Meinung darf aber nicht gefolgt werden, denn die Auszahlung eines Mankogeldes erfordert keine Gegenleistung des Arbeitnehmers³⁷, erfolgt vielmehr aus rein

³³ "Verwirklicht sich das übernommene Risiko in Form der erwarteten Ausfälle nicht, so besteht die einzige Rechtsfolge darin, dass der Filialleiter die empfangene Zulage behalten darf" (BARTON 108); vgl. die dort in FN 100 zit. Lit.

³⁴ So auch BARTON 104 f.

³⁵ BULLA 81 f.; KLEBBA 255; LANGER 51.

³⁶ Vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 72, der zwar von einer speziellen "Mankovergütung" spricht, was aber nichts ändert; vgl. auch dort in FN 204 zit. Lit.

³⁷ Wie WOLTERECK, Mankohaftung 72 zu Unrecht annimmt: Es sei das den Arbeitnehmer aufgrund der allgemeinen Mankohaftung treffende Risiko bereits durch das Gehalt abgegolten, weshalb die Vereinbarung eines Mankogeldes zugleich die Uebernahme der Haftung für unverschuldete Manki bedeute. Er meint dann allerdings, der Arbeitnehmer brauche doch nicht jedes nicht von ihm verursachte (z.B. durch Schwund entstandene) Manko zu ersetzen.

betriebswirtschaftlichen Erwägungen und dient lediglich der Risikoverteilung³⁸. Eine Haftungsverschärfung hat eine solche Nebenabrede nicht zur Folge. Für die Mankohaftung spielt sie deshalb keine Rolle³⁹.

B. Verrechnung mit Ueberschüssen

In einzelnen Grossbetrieben des Detailhandels⁴⁰ kennt man keine Nebenabreden in vorerwähntem Sinne; dagegen wird anstelle einer Verlustspanne die Verrechnung von Manki mit früheren Ueberschüssen (oder auch solchen bei nachfolgenden Bestandesaufnahmen) vereinbart⁴¹. Nach WOLTERECK verstossen derartige Abreden "in aller Regel gegen die guten Sitten"; der Arbeitnehmer werde nämlich dadurch angehalten, einen Ueberschuss zu erzielen, der zu Lasten des Kunden gehe und auf redliche Art und Weise nicht erreicht werden könne⁴².

Es mag nun sein, dass das Bestehen einer Verrechnungsabrede die Gefahr einer vorsätzlichen Schädigung Dritter vergrößert; sie ist allerdings auch dann vorhanden, wenn der Arbeitnehmer die Ueberschüsse jeweils abzuliefern hat: Das "unredliche" Erwirtschaften von Ueberschüssen innerhalb einer Abrechnungsperiode erscheint nämlich ebenso geeignet, allfällige Manki dieser Periode zu verkleinern oder zu be-

³⁸ Gl.M.: BARTON 108.

³⁹ Nach BARTON 108 f. bedarf eine haftungsverschärfende Bestimmung stets einer ausdrücklichen oder wenigstens stillschweigenden Uebereinkunft.

⁴⁰ So z.B. in der WARO AG.

⁴¹ Die WARO AG teilte auf schriftliche Anfrage mit, man habe in allen Betrieben ein durchschnittliches Manko von nur 0,01 % des Umsatzes in Kauf zu nehmen; die Plus- und Minusdifferenzen hielten sich ungefähr die Waage.

⁴² WOLTERECK, Mankohaftung 66 f.

seitigen. Wer die Verrechnungsabrede als sittenwidrig bezeichnet, missachtet überdies, dass Fehlbestände wie Ueber-schüsse durch unsorgfältiges Verhalten entstehen können; weshalb dem Arbeitgeber nicht gestattet sein soll, auf die Vorteile solcher Fehlleistungen zu verzichten, ist nicht einzusehen. Immerhin wird dadurch der Arbeitnehmer nicht zu unkorrekten Handlungen angehalten⁴³.

C. Kautionen

Die Vereinbarung einer vom Arbeitnehmer -meist bei Stellen-antritt⁴⁴- zu leistenden Kautio⁴⁵ berührt die Mankohaftung keineswegs und ist von dieser völlig unabhängig⁴⁶. Es handelt sich bei der Kautio um eine Sicherheitsleistung, die der Befriedigung bestehender Ersatzforderungen aus Manko-schäden dient; im Zeitpunkt der Verwendung der Kautio steht also die Haftung des Arbeitnehmers bereits fest⁴⁷.

Weder bezüglich der Vereinbarungsform noch der Höhe der Sicherheitsleistung bestehen gesetzliche Vorschriften⁴⁸;

⁴³ Anders verhält es sich wohl, wenn z.B. der Arbeitnehmer für Verpackungsmaterial belastet wird, das er dann beim Verkauf mitzuwiegen gezwungen ist; vgl. WOLTERECK, Mankohaftung 66 FN 190.

⁴⁴ Eine bei Stellenantritt zu leistende Kautio kann während der Dauer des Anstellungsverhältnisses in ihrer Höhe geändert werden.

⁴⁵ Hievon ist zu unterscheiden der -zumeist auch als Sicherheit für die Forderungen des Arbeitgebers gedachte- "Lohnrückbehalt", den Art.323a OR ausführlich regelt; vgl. hiez zu BRUEHWILER N 1 ff. zu Art.323a OR.

⁴⁶ Gl.M.: BARTON 106 f.; a.M.: STRITZKE 28.
Mit der Abrede einer Sicherheitsleistung kann aber auch eine eigentliche Haftungsvereinbarung verknüpft sein.

⁴⁷ In einem Zürcher Grossbetrieb des Detailhandels hat beispielsweise der Leiter einer Filiale bis 3,5 Mio. Umsatz eine Kautio von Fr.1'500.-- zu leisten, in einer Filiale mit grösserem Umsatz eine solche von Fr.2'000.--.

⁴⁸ Vgl. BRUEHWILER N 1 zu Art.330 OR.

hingegen hat der Arbeitgeber die Kautions von seinem Vermögen getrennt zu halten und seinerseits dem Arbeitnehmer dafür Sicherheit zu leisten (Art.330 Abs.1 OR) sowie -mangels anderslautender schriftlicher Absprache- sie spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzuerstatten (Art. 330 Abs.2 OR).

Hat der Arbeitnehmer für ein Manko einzustehen, erfolgt die Aufrechnung bis zur Höhe der hinterlegten Kautions⁴⁹; übersteigt der zu ersetzende Schaden den Betrag der Sicherheitsleistung, steht einer Verrechnung mit der Lohnforderung (unter Beachtung der hiefür massgebenden gesetzlichen Normen⁵⁰) nichts im Wege. Sind die Ansprüche des Arbeitgebers aber streitig, muss der zurückbehaltene Betrag auf Verlangen des Arbeitnehmers gerichtlich hinterlegt werden (Art.330 Abs.3 OR)⁵¹.

⁴⁹"Bemessung des Kautionsrückbehaltes:

Grundlage für die Bemessung eines teilweisen oder vollumfänglichen Rückbehaltes der Kautions bildet das während der gesamten Dauer der Ausübung der Leitertätigkeit entstandene Manko.

Für die Festlegung der Abzüge sind folgende Richtlinien massgebend:

bis 0,5 % des Umsatzes:	volle Auszahlung der Kautions plus Zins
0,5-0,7 % des Umsatzes:	bis 50% der Kautions
über 0,7% des Umsatzes:	Rückbehalt bis zur ganzen Kautions plus Zins

(...)

Für Abweichungen von den obigen Richtlinien ist der Ausschuss zuständig. Dieser entscheidet auch bei grobfahrlässiger Filialführung über zusätzliche Schadenersatzforderungen, welche durch die geleisteten Kautions nicht gedeckt sind" (Regulativ 'Mankokommission', Ziff. 5.2.2.).

In dieser Form haben die Richtlinien eine unerlaubte Haftungsverschärfung zum Inhalt (vgl.u. III). Im Arbeitsvertrag mit den Filialleitern wurde (deshalb) der Passus eingefügt, dass vor Festlegung der Höhe eines Kautionsrückbehaltes das Verschulden des Filialleiters geprüft werde.

⁵⁰Vgl.u. § 10 III.

⁵¹Vgl. BRUEHWILER N 4 zu Art.330 OR sowie N 5 zur Aussonderung im Konkurs des Arbeitgebers.

III. Grenzen der Zulässigkeit von Mankovereinbarungen

Die nur aus betriebswirtschaftlichen Gründen getroffenen und von der Mankohaftung insoweit unabhängigen Nebenabreden kommen bei der Zulässigkeitsfrage nicht zur Sprache; das Problem stellt sich aber für die eigentlichen Haftungsvereinbarungen, mit deren Abschluss der Arbeitgeber die Nachteile beseitigen will, die sich für ihn aus der Anwendung der allgemeinen Mankohaftungsregeln ergeben⁵². Schon aus dem Zweck der Haftungsvereinbarungen kann man ersehen, dass eine vom Vorliegen des Verschuldens weitgehend unabhängige Haftung den Arbeitnehmer schlechter stellt⁵³. Aus diesem Grunde wurde seit jeher diskutiert, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung besonderer Mankoklauseln zulässig sei⁵⁴.

In der BRD sind die Grenzen der vertraglichen Vereinbarungen durch die gesetzlichen Schranken der § 134 und 138 BGB⁵⁵ wie auch durch die arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien gezogen⁵⁶. Nach herrschender Ansicht ist die Abrede einer Garantiehafteung grundsätzlich wirksam; sie dürfe allerdings nicht eine wirtschaftliche Uebervorteilung des Arbeitnehmers bezwecken⁵⁷. Die Auferlegung eines über die all-

⁵² So BLEISTEIN 2215.

⁵³ In aller Regel muss sich die Vereinbarung einer Garantiehafteung haftungsverschärfend auswirken.

⁵⁴ Vgl. hiezu BARTON 110 ff.; BLEISTEIN 2215 f.; BULLA 81 f.; ENDEMANN 301; PALME 157; WOLTERECK, Mankohaftung 64 ff.

⁵⁵ Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt; § 138 BGB betrifft die Unzulässigkeit sittenwidriger Vereinbarungen.

⁵⁶ Vgl. hiezu BARTON 119 ff.

⁵⁷ Auch das BAG hat die Zulässigkeit einer Garantiehafteungsabrede anerkannt (BAG in DB 1970, 1132, U vom 27.02.1970).

gemeine Mankohaftung hinausgehenden Risikos verlange einen Ausgleich durch entsprechende wirtschaftliche Vorteile⁵⁸. Dazu müsse dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Bekämpfung der Schadensentstehung verbleiben⁵⁹. Schliesslich gelte, so die h.L., das Verbot der Tarifunterschreitung (§ 4 TVG)⁶⁰. Das Tarifgehalt dürfe auch durch Mankoabreden keine Schmälerung erfahren⁶¹.

In der Schweiz zeigt die Aufnahme des Haftungsartikels Art. 321e OR in die Liste der relativ zwingenden Vorschriften in Art. 362 OR das Bestreben, die Rechtslage zu klären und eine Zufallshaftung des Arbeitnehmers auszuschliessen⁶². Damit wurde zugleich jede haftungsverschärfende Regelung untersagt, so dass sich die Heranziehung der "guten Sit-

⁵⁸ "Man wird von einem 'angemessenen Ausgleich' des vom Arbeitnehmer übernommenen Risikos sicher dann sprechen können, wenn der Betrag, um den sein Entgelt erhöht wurde, in etwa die Fehlbeträge ausgleicht, die erfahrungsgemäss oder normalerweise zu erwarten sind" (BLEISTEIN 2215).

"Die Mankogelder gelten als angemessen, wenn ihre Höhe dem Durchschnitt der erfahrungsgemäss zu erwartenden Fehlbeträge entspricht" (PALME 157).

⁵⁹ WOLTERECK, Mankohaftung 66.

⁶⁰ Abmachungen, welche die Zahlung eines unter dem tarifmässigen Lohne liegenden Entgeltes bezwecken, sind unzulässig (§ 4 Abs. 3 TVG).

⁶¹ Vgl. LANGER 43 f.; WOLTERECK, a.a.O. 67 f. Nicht verständlich ist BARTONS Ansicht, eine blosser Vereinbarung über die Erweiterung der Mankohaftung habe nichts mit der Unabdingbarkeit des Tarifgehaltes zu tun, weil ein Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers den tariflichen Gehaltsanspruch nicht beeinträchtigt. Erst die vertraglich vorgesehene, unmittelbare Vorenthaltung des Tarifgehaltes durch Inanspruchnahme für Ersatzansprüche verstosse gegen § 4 TVG (BARTON 112).

⁶² Vgl. BOTSCHAFT 312 f.

ten"⁶³, des Grundsatzes von "Treu und Glauben"⁶⁴ oder der "Fürsorgepflicht des Arbeitgebers"⁶⁵ erübrigt.

Untersagte der Gesetzgeber jede von Art.321e OR zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichende Regelung, ist aber nicht bloss die Vereinbarung einer Zufallshaftung unwirksam; gleichermassen unzulässig sind Abreden, die eine Haftung für Manki vorsehen, welche von Mitarbeitern und Hilfskräften⁶⁶ verursacht oder vom Arbeitgeber (mit-) verschuldet werden. Ebenso verstossen die Beweislastverträge zugunsten des Arbeitgebers⁶⁷ gegen die Unabänderlichkeitsbestimmung des Art.362 OR.

Die Vereinbarung einer Garantiehaf tung ist ferner auch dann unwirksam, wenn sie mit der Gewährung einer "ausreichenden" Risikoausgleichszulage verknüpft wird⁶⁸, und dies nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit⁶⁹. Eine derartige Abrede

⁶³BARTON 112 ff.; WOLTERECK, Mankohaftung 64 ff.

⁶⁴BARTON 119 ff.; WOLTERECK, a.a.O. 67.

⁶⁵WOLTERECK, a.a.O.

⁶⁶Vgl.o. § 9 I A; § 6 I B; § 6 II.

⁶⁷Vgl.o. § 9 I C; § 7 I.

⁶⁸Dass dadurch die Haftung in unerlaubter Weise verschärft würde, zeigt sich am einfachen Beispiel:
Wurde in einem Betrieb über eine längere Zeitspanne ein durchschnittliches Manko von ca. Fr. 40.- pro Monat festgestellt, so müsste für den Normalfall ein Mankogeld in dieser Höhe als ausreichender wirtschaftlicher Ausgleich betrachtet werden; in der BRD herrscht jedenfalls die Ansicht vor, dass die Mankovereinbarung wirksam zustande gekommen sei, wenn mit dem erhöhten Gehalt regelmässig ein Ausgleich der Fehlbeträge zu erwarten sei (BLEISTEIN 2215; vgl. auch das Bsp. ebd., 2216).
Aufgrund eines einmaligen Ereignisses (Versehen, Diebstahl etc.) kann nun durchaus ein weitaus grösseres Manko entstehen, das der Arbeitnehmer nach den Regeln der allgemeinen Mankohaftung womöglich gar nicht zu übernehmen hat (vgl. das Beispiel bei BLEISTEIN, 2213).

⁶⁹In der BRD haben sich die Gerichte häufig mit der Frage nach der Wirksamkeit von Mankoabreden zu befassen, wobei es zumeist darum geht, die Angemessenheit des wirtschaftlichen Ausgleichs zu überprüfen.

stellte nämlich den Arbeitnehmer lediglich dann besser, wenn die Manki tatsächlich unter der Zulage liegen. Eine Risikoausgleichszulage kann aber die Haftungsverschärfung nie beseitigen, die sich aus der Uebernahme einer über das gesetzliche Mass hinausgehenden Haftung ergibt⁷⁰. Zulässig sind lediglich Haftungsabsprachen zulasten des Arbeitgebers, soweit ihnen Art.100 OR nicht entgegensteht.

⁷⁰ Damit ist natürlich nicht gesagt, dass ein Gehaltsbestandteil (bzw. ein Mankogeld) nicht zur Deckung von Manki bis zu derselben Höhe verwendet werden dürfe. Eine derartige Abrede kann sich nicht haftungsverschärfend auswirken, zumal mit der Zulage des Arbeitgebers mitunter auch Fehlbeträge abgedeckt werden, die der Arbeitnehmer in schuldhafter Weise verursachte (vgl.o. § 9 II A).

IV. Zusammenfassung

Mankovereinbarungen in Gesamtarbeitsverträgen oder in Einzelarbeitsverträgen sind zwar grundsätzlich als zulässig zu erachten; jedoch ergeben sich Schranken aus dem relativ zwingenden Charakter der Haftungsnorm des Art.321e OR sowie aus Art.100 Abs.1 OR.

Es ist zu unterscheiden zwischen den eigentlichen Haftungsvereinbarungen und den Nebenabreden (über Mankokassen, Mankogelder, Mankospannen oder Kautionsleistungen). Risikoausgleichszulagen wie Mankogelder bzw. -spannen sollen die erfahrungsgemäss zu erwartenden Ausfälle im Betrieb abdecken. Die Kaution stellt eine Sicherheitsleistung dar, die der Befriedigung bestehender Ersatzforderungen aus Mankoschäden dient. Solche Nebenabreden stehen in keinem direkten Zusammenhang mit der Haftung des Arbeitnehmers für ein Manko. Die Vereinbarung einer Risikoausgleichszulage oder einer Sicherheitsleistung allein (d.h. ohne zusätzliche ausdrückliche bzw. stillschweigende Haftungsabsprache) vermag keine haftungsverschärfende Rechtswirkung zu erzeugen.

Abreden, die die Verrechnung der Manki mit früheren bzw. späteren Ueberschüssen vorsehen, sind nicht sittenwidrig.

Eigentliche Haftungsabsprachen können deklaratorischer Natur sein oder aber eine Haftungsbeschränkung bzw.-verschärfung zum Zwecke haben. Bezüglich der letzteren ist folgendes zu berücksichtigen:

1. Die zum voraus getroffene Abrede, wonach die Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll, ist nichtig (Art.100 Abs.1 OR).
2. Art.321e OR stellt eine relativ zwingende Norm im Sinne von Art.362 OR dar und lässt eine Haftungsverschärfung nicht zu. Die Vereinbarung einer über die gesetzlich vorgesehene Verschuldenshaftung hinausgehenden Verantwortlichkeit ist daher -auch bei Gewährung einer "ausreichenden" Ausgleichszulage- unzulässig.

4. Kapitel: Rechtsfolgen

§ 10 Die Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers

Unter den rechtlichen Reaktionen, die bei einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zur Verfügung stehen, steht der Anspruch auf Schadenersatz¹ im Vordergrund.

I. Zur Schadensberechnung

Wird vom Arbeitnehmer Ersatz des durch die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verlangt, stellt sich vorerst die Frage, wie dieser zu berechnen sei². Versteht man unter dem Schaden die tatsächliche Verminderung im Vermögen³ des Arbeitgebers, ist die Differenz zwischen dessen Vermögensständen mit und ohne Eintritt des Mankos festzustellen⁴. Grundsätzlich gilt im Haftpflichtrecht, der Schädiger habe sowohl unmittelbaren als auch mittelbaren Schaden zu ersetzen⁵.

Unrichtig ist es, bei einem Warenmanko stets den Verkaufs- und nicht den Einstandspreis zu berechnen⁶. Nicht immer beeinflusst nämlich die schädigende Handlung den Umsatz und nicht immer bedeutet die Differenz zwischen Verkaufs- und Ankaufspreis auch den entgangenen Gewinn. Transport-, Lagerkosten und dergleichen sind aber zu berücksichtigen. Bildet ausnahmsweise der Verkaufspreis die Grundlage der

¹Vgl. hiezu BARTON 133; IZVEREN 130 ff.; REHBINDER § 8 C II 1; WOLTERECK, Mankohaftung 79 f.

²Vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht I 53 ff.

³Vgl.o. § 2 I A.

⁴OFTINGER, a.a.O. 54.

⁵OFTINGER, a.a.O. 171.

Vgl. auch BRUEHWILER N 2a zu Art.321e OR.

⁶Wie z.B. WOLTERECK, Mankohaftung 79 annimmt.

Schadensberechnung, so sind allfällige Einsparungen⁷ als Vorteile anzurechnen⁸.

An anderer Stelle wurde bereits erläutert⁹, dass weder die Voraussehbarkeit noch das Einkalkulieren von Manki Auswirkungen auf die Schadensberechnung hat¹⁰. Werden die zu erwartenden Manki in die Verkaufspreise einberechnet, besteht gleichwohl bei Vorhandensein eines Fehlbestandes eine Vermögenseinbusse¹¹.

Da der Arbeitnehmer stets abzuliefern hat, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit erlangte¹², kommt eine Verrechnung von Manki mit früheren Ueberschüssen nicht in Betracht¹³.

II. Umfang des Schadenersatzes

A. Grundsatz

Sind die vorgängig erläuterten Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme durch den Geschädigten gegeben, stellt sich

⁷ Nicht bloss die Aufwendungen für Lagerung und Transport, sondern diejenigen aller sonstigen Umtriebe.

⁸ Ähnlich WOLTERECK, Mankohaftung 80.

⁹ Vgl.o. § 2 FN 11.

¹⁰ Ähnlich WOLTERECK, a.a.O. 16 FN 4 (vgl.auch die dort zit.Lit.); a.M.: BARTON 35 FN 10; von WITZLEBEN 117.

¹¹ I.d.R. werden auch nur die Manki einberechnet, für die der Arbeitnehmer nicht haftbar gemacht werden kann.

¹² Art.321b OR; vgl.o. § 4 I A.

¹³ Gl.M.: WOLTERECK, Mankohaftung 79.

Zumeist wird dies in EAV speziell erwähnt. So steht in den "Arbeits- und Haftungsrichtlinien für Kassierer" der DENNER AG, Ueberschüsse dürften nicht verrechnet werden, denn sie hätten als Fehler zu gelten. Dabei wird ausgeführt, dass Ueberschüsse nur durch falsches Tippen (zu Ungunsten der Firma oder des Kunden), durch unrichtiges Herausgeben oder durch Liegenlassen von Geld in der Kasse entstünden.

Vgl. aber o. § 9 II B.

die Frage nach dem Mass der Haftung bzw. nach dem Umfang des Schadenersatzes. Gemäss Art.99 Abs.3 OR finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf Vertragsverletzungen entsprechende Anwendung. Ausgangspunkt bildet somit der Umfang des Verschuldens, wobei der Richter auf das "Gleichgewicht (...) zwischen Schuld und Schadenersatzpflicht" zu achten hat¹⁹, wie immer man dies auch bestimmen mag. Schliesslich sind die verschiedenen Umstände zu berücksichtigen²⁰, die zu einer Reduktion (bzw. zum Ausschluss) der Schadenersatzpflicht führen.

B. Herabsetzungsgründe

1. Reduktion der Schadenersatzpflicht nach Art.44 Abs.1 OR

a) Selbstverschulden des Geschädigten

Sind Teilursachen für den Schaden oder Gründe für dessen Vergrösserung der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen, erscheint die gebührende Würdigung solcher Umstände und damit eine Reduktion der Ersatzpflicht geboten.

aa) Ein Selbstverschulden des Geschädigten liegt vor, wenn diesem eine fehlerhafte Betriebsführung vorgehalten werden muss²¹. Sowohl in technischer als auch in organisatorischer Hinsicht kann ein Betrieb Mängel aufweisen²², deren schuldhaftige Nichtbeseitigung²³ der Arbeitgeber zu verantworten hat. So ist v.a. in einer ungenügenden Kontrolle der Lei-

¹⁹ OETINGER, Haftpflichtrecht I 264.

²⁰ Vgl. BRUEHWILER N 2b und N 3 zu Art.321e OR.

²¹ Vgl. BARTON 55; REINECKE 236 ff.; WOLTERECK, Mankohaftung 54 f.; ders., Ersatzansprüche 95 ff.

²² Vgl. die Ausführungen von BARTON 54 f., der m.E. aber nicht immer richtig zuordnet.

²³ Vgl. die Ausführungen zum Berufsrisiko o. § 5 IV C 2 b.

stungen des Arbeitnehmers ein Organisationsmangel zu erblicken²⁴, sofern solches Verhalten nicht von Art.321e Abs. 2 a.E. OR erfasst wird²⁵. Ebenso fallen unregelmässige und unzureichende Bestandeskontrollen in den Verantwortlichkeitsbereich des Arbeitgebers. Weiterhin sind an dieser Stelle anzuführen: das Erteilen ungenauer und somit missverständlicher Weisungen²⁶, die Zuordnung unfähiger Hilfspersonen²⁷, die Anordnung ungenügender Sicherheitsvorkehrungen²⁸ sowie überhaupt mangelhafte Einrichtungen, soweit diese die Tätigkeit des Arbeitnehmers erschweren²⁹. Die Anwendung von Art.44 Abs.1 OR erfordert aber, dass der Arbeitgeber die Beseitigung von Betriebsmängeln in schuldhafter Weise unterlässt; liegen solche Mängel vor, die zu beheben dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, wird dies beim Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer eintreten muss, in Betracht zu ziehen sein.

bb) Obschon auch als Organisationsmangel zu qualifizieren, verdient die Ueberforderung des Arbeitnehmers³⁰ spezielle Erwähnung: Einerseits ist denkbar, dass es dem Arbeitnehmer schon aus zeitlichen Gründen gar nicht möglich ist, alle ihm obliegenden Aufgaben zu erfüllen oder die einzelnen Tätigkeiten mit der erforderlichen Sorgfalt zu verrichten; andererseits muss auch bei einem pflichtbewussten und sorgfältigen

²⁴ Vgl. BARTON 54; REINECKE 217; WOLTERECK, Mankohaftung 55, insbesondere FN 153.

²⁵ O. § 5 IV C 2 c.

²⁶ Vgl.o. § 5 II B 1.

²⁷ Ebenso BARTON 56; WOLTERECK, a.a.O.

²⁸ WOLTERECK, a.a.O. führt hier das Beispiel vom Lagerhalter an, der aufgefordert wird, den Lagerschlüssel für Notfälle in den Betriebsräumen zurückzulassen (vgl. aber o. § 5 II B 1).

²⁹ Nicht so, wenn notwendige Handlungen ganz verunmöglicht werden.

³⁰ BARTON 56 f.; REINECKE 236 f.

tig arbeitenden Mann die Aufmerksamkeit nachlassen, wenn dessen Tätigkeit eine ständige erhöhte Konzentration verlangt³¹.

Liegt schlechthin Unfähigkeit vor, die zugeteilte Arbeit zur Zufriedenheit des Arbeitgebers auszuführen, erfolgt eine Beurteilung nach Art.321e Abs.2 OR.

cc) Im weiteren gilt der Grundsatz, dass der Arbeitgeber gehalten ist, zu einer Verhinderung bzw. Verkleinerung des Schadens beizutragen³². Hätte sich das Manko z.B. durch eine exakte Weisung vermeiden lassen, drängt sich eine Prüfung des Selbstverschuldens des Arbeitgebers auf.

b) Weitere "Umstände"

Abgesehen von der nachstehend zu erörternden "Einwilligung" sind alle weiteren Umstände zur Entlastung des Arbeitnehmers, wie die "Gefälligkeit des Schädigers"³³, der Zufall als "konkurrierende Ursache"³⁴ oder die fehlerhafte Beschaffenheit einer Sache³⁵, in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung oder andernorts bereits berücksichtigt^{35a}.

³¹ Dies wird auch bei leichter, aber eintöniger Arbeit geschehen.

³² Was sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt.

³³ OETINGER, Haftpflichtrecht I 275.

³⁴ OETINGER, a.a.O. 278 f.

³⁵ OETINGER, a.a.O. 280 f.

^{35a} Der Umstand, dass der Arbeitnehmer i.d.R. aus den Manki keine Vorteile zieht, rechtfertigt selbstredend keine Reduktion der Ersatzpflicht; gl.M.: BRUEH-WILER N 5e zu Art.321e OR; a.M.: STREIFF N 4 zu Art. 321e OR.

c) Einwilligung des Geschädigten

Wichtigster Reduktionsgrund ist die Einwilligung des Arbeitgebers in die schädigende Handlung. Darunter fällt z.B. die Duldung einer schlechten Kassenführung³⁶ und überhaupt das einwendungslose Tolerieren der Arbeitsweise des Arbeitnehmers. Fehlende oder ungenügende Abklärung von Differenzen bei Bestandesaufnahmen sowie die Nichtvornahme von notwendigen Verbesserungen zeigen, dass der Arbeitgeber an der geleisteten Arbeit nichts auszusetzen hatte.

Zweifelt der Angewiesene an der Richtigkeit der Direktiven, obliegt es ihm, den Weisungsberechtigten auf die Mängel aufmerksam zu machen. Unterlässt er dies, verstösst er gegen seine Treuepflicht; Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben dann den Schaden gemeinsam zu verantworten³⁷.

2. Notlage des Arbeitnehmers

Bei nur leichtfahrlässiger Schadensverursachung darf die Ersatzpflicht nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden, falls der Schädiger durch die Inanspruchnahme in eine Notlage versetzt würde (Art.44 Abs.2, 99 Abs.3 OR)³⁸. Die bisherige Gerichtspraxis hat allerdings gezeigt, dass an das Vorliegen einer Notlage zu Recht hohe Anforderungen gestellt werden³⁹.

³⁶ Bei BARTON 54 f. unter dem Titel "Vernachlässigung persönlicher Mitwirkungspflichten" behandelt. Vgl. auch o. § 5 II B l.

³⁷ Massgebend ist der jeweilige Verschuldensgrad.

³⁸ BGE 69 II 146 f.

³⁹ Vgl. OFTINGER, a.a.O. 272 FN 48. Art.44 Abs.2 wird im übrigen ebd. S.273 als fragwürdige Regelung bezeichnet.

C. Die generelle Haftungsbeschränkung

1. Das Problem

Die Bemessung des Schadenersatzes liegt weitestgehend im Ermessen des Richters, der einerseits die Verschuldensgrösse festzustellen und anderseits die möglichen Reduktionsgründe zu berücksichtigen hat. Der Ermessensspielraum des Richters und die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit haben in der Literatur Kritik ausgelöst⁴⁰ und in der Rechtsprechung auch schon zu Neuerungen geführt⁴¹. Im Hinblick auf eine allfällige Neuregelung der Arbeitnehmerhaftung wurden verschiedene Möglichkeiten einer generellen Haftungsbeschränkung erwogen, um dem Arbeitnehmer zu ersparen, auch in einfachen Fällen immer den Richter anrufen zu müssen. Bei derartig generellen Haftungsbeschränkungen wird die Bemessung des Schadenersatzes zum sekundären Problem.

2. Vorschläge zur Neuregelung der Arbeitnehmerhaftung und Rechtsprechung zur generellen Haftungsbeschränkung

Besonders Kurt MEIER setzt sich für eine klare Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung auf grobe Fahrlässigkeit ein, wobei er auf das Kriterium des Berufsrisikos zum vorneherein verzichten möchte⁴². Da er aber seinem Vorschlag selber keine grosse Chance einräumt⁴³, will er die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschliessen und bei mittlerem Verschulden auf einen Monatslohn beschränken; im übrigen

⁴⁰Vgl. MEIER 71, 41.

⁴¹Gewerbl. Schiedsgericht BS, BJM 1974, 253.

⁴²MEIER 72.

⁴³MEIER stellt hierbei auf die Beratungen bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts ab und kommt zum Schluss, dass einer derart weitgehenden Regelung grosser Widerstand erwachsen würde.

will er dem Richter einen Ermessensspielraum belassen⁴⁴.

Bei seinen Vorschlägen griff MEIER wohl auf Urteile des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt zurück, das in langjähriger Praxis den Grundsatz entwickelte, einen Arbeitnehmer bei nicht grobfahrlässiger bzw. nicht absichtlicher Schadensverursachung mit höchstens einem Monatslohn für Schadenersatz zu belasten⁴⁵. Auch der Deutsche Gewerkschaftsbund forderte, bei Vorsatz solle der Arbeitnehmer in vollem Umfange haften, bei grober Fahrlässigkeit sich seine Ersatzpflicht mindern, wenn es Billigkeit und Umstände erforderten, und in den übrigen Fällen einer fahrlässigen Schadensverursachung solle eine Haftung nur erfolgen, wenn dies Billigkeit und Umstände verlangten; hierbei sei die Haftung auf einen, in Sonderfällen auf drei Monatslöhne zu beschränken⁴⁶.

3. Kritik und Lösungsvorschlag

Die fehlende Rechtssicherheit infolge der bestehenden gesetzlichen Regelung ist in der Tat ein schwerwiegender Mangel: In kaum einem Teil des Privatrechts sind klare und unmissverständliche Rechtsnormen so erwünscht wie gerade im

⁴⁴ Damit läge nur noch die Beurteilung von Fällen grobfahrlässiger Schadensverursachung im richterlichen Ermessen, darf doch der Arbeitnehmer (auch nach Ansicht MEIERS) bei absichtlicher Schädigung keine Beschränkung der Haftpflicht in Anspruch nehmen.

⁴⁵ Vgl. den Bericht des Gewerbl. Schiedsgerichtes Basel-Stadt über die Rechtsprechung im Jahre 1973 in SAZ 1975 Nr.45.

BRUEHWILER ist allerdings beizupflichten, wenn er diese "Faustregel" als rechtlich nicht haltbar bezeichnet (vgl. BRUEHWILER N 2b zu Art.321e OR).

⁴⁶ Vorschlag des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Neuregelung der Arbeitnehmerhaftung in: AuR 1969, 210.

Arbeitsrecht. Eine angemessene Beschränkung des grossen richterlichen Ermessensspielraumes erscheint deshalb als durchaus erstrebenswert.

Nicht ganz zu Unrecht wird immer wieder betont, der Arbeitgeber habe an seinem Betrieb und dessen Aufrechterhaltung naturgemäss ein grösseres Interesse als der Arbeitnehmer, so dass die Mittragung eines von diesem verursachten Schadens praktisch in jedem Falle angezeigt sei. Eine generelle Abwälzung des Schadens (wenigstens teilweise) wäre für die Vertreter dieser Ansicht auch bei nicht schadensgeneigter Arbeit⁴⁷ angebracht⁴⁸.

Wenn solche Ueberlegungen auch zutreffend sein mögen, scheint es doch fraglich, ob eine Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung in der vorgeschlagenen Weise ein gangbarer Weg ist. Grundsätzlich lässt sich zwar der Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit rechtfertigen; problematisch erscheint nur die Festlegung einer Maximalgrenze, die auf den Lohn des Arbeitnehmers abstellt. Lässt man nämlich die Schadenshöhe ausser Betracht⁴⁹, wird der eigentliche Zweck des Schadenersatzinstituts nicht mehr erfüllt und die Ersatzpflicht erhält pönalen Charakter⁵⁰. Auch liegt in Fällen der Mankohaftung der jeweilige Schadensbetrag oft unter der Höhe eines Monatslohnes. Dann aber ist unbestimmt, wie der auf den Arbeitgeber entfallende Anteil zu berechnen ist. Ferner muss die Häufigkeit der Bestandeskontrollen und der Geltendmachung von Schadenersatz eine Rolle spielen.

⁴⁷ Vgl. o. § 5 IV C 2 b.

⁴⁸ Die Betriebsrisikoerwägungen rechtfertigen nach MEIER 72 eine generelle Ueberwälzung des Schadens auf den Arbeitgeber.

⁴⁹ In den Fällen, wo die Ersatzforderung den Betrag eines Monatslohnes übersteigt.

⁵⁰ Daran ändert nichts, dass der Schaden durch die "Busse" wenigstens teilweise gedeckt wird.

Schliesslich muss bei der Festlegung des Ersatzumfanges die Schadenshöhe massgebend sein⁵¹, und der Arbeitnehmer sollte je nach Verschuldensgrösse (ausser bei leichter Fahrlässigkeit) einen prozentualen Anteil des Schadensbetrages zu übernehmen haben⁵². Von hier ausgehend sollte unter Ansetzung eines relativen Höchstmasses die angemessene Beschränkung zu finden sein.

So könnte beispielsweise die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen, für normales Verschulden auf nicht mehr als die Hälfte des Schadens beschränkt werden; die Haftung für grobe Fahrlässigkeit wäre weiterhin dem Richter zur Beurteilung überlassen oder aber auf vielleicht 80% des Schadensbetrages zu beschränken; bei absichtlicher Schädigung trifft den Arbeitnehmer die volle Haftung. Eine solche Lösung trägt m.E. der Forderung nach grösserer Rechtssicherheit Rechnung, belässt hingegen das Schadenersatzinstitut in seiner eigentlichen Funktion. Dabei muss in Kauf genommen werden, dass der Arbeitnehmer vor Feststellung des Schadens nicht erfährt, wieviel an Schadenersatz er höchstens zu leisten hat.

III. Verrechnung

Nach Art.120 in Verbindung mit Art.323b Abs.2 OR ist eine Verrechnung⁵³ mit den Lohnforderungen des Arbeitnehmers

⁵¹Vgl. BRUEHWILER N 2b zu Art.321e OR, für den richtigerweise die Schadenshöhe Ausgangspunkt der Ersatzbemessung bildet.

⁵²Ohne Beschränkung auf einen absoluten Maximalbetrag. Die Idee ist nicht neu, sondern wurde übernommen aus Urteilen des RAG, die den innerbetrieblichen Schadensausgleich betreffen (vgl. die grundlegenden Entscheidungen des RAG in ARS 41, 55; 41, 259; 43, 108; 46, 136). Diese Rechtsprechung des RAG wurde von den Instanzgerichten fortgesetzt.

⁵³Vgl. hiezu BOTSCHAFT 312; BRUEHWILER N 3c zu Art.321e OR; REHBINDER § 8 C II 1; § 9 A V 2 b; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 4 zu Art.323b OR; VISCHER 361. Vgl. auch o. § 9 II C.

möglich; dies allerdings nur soweit, als diese Forderungen pfändbar sind⁵⁴. Die obere Grenze liegt somit beim Existenzminimum⁵⁵.

Bei vorsätzlicher Schädigung (nicht bloss bei unerlaubter Handlung)⁵⁶ darf dagegen unbeschränkt verrechnet werden⁵⁷. Mit dem Hinweis, nur die vorsätzliche Verletzung von Rechtspflichten rechtfertige die Ausnahme vom Verrechnungsverbot und eine Ausdehnung würde eine genaue Abgrenzung nicht ermöglichen⁵⁸, wurde seinerzeit eine Erweiterung auf grobe Fahrlässigkeit abgelehnt (was ohne Zweifel zu befürworten ist).

Schliesslich bleibt zu bemerken, dass Art.323b Abs.2 OR weder zu Ungunsten des Arbeitnehmers noch des Arbeitgebers abgeändert werden darf (absolut zwingend gemäss Art.361 OR).

IV. Verjährung

Für die Schadenersatzforderungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis gilt die unabänderliche zehnjährige Verjährungsfrist (Art.127/129 OR)⁵⁹.

⁵⁴"Lohn Guthaben (...) können nur soweit gepfändet werden, als sie nicht nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten für den Schuldner und seine Familie unumgänglich notwendig sind" (Art.93 SchKG).

⁵⁵Für die Ansätze vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich (...) über Anpassung der Richtlinien (...) für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs vom 4. Dezember 1974 bzw. vom 13. Dezember 1978 (ZR 78 Nr.1).

⁵⁶Vgl.o. § 5 IV A.

⁵⁷Gemäss Art.323b Abs.2 2.Halbsatz OR.

⁵⁸BOTSCHAFT 328 f.

⁵⁹Vgl. BRUEHWILER N 3b zu Art.321e OR.

Unhaltbar ist die vom Gewerblichen Schiedsgericht Basel-Stadt aufgestellte Regel⁶⁰, wonach vom Arbeitgeber die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzes (nach Feststellen des Schadens sowie dessen Ursache) zu verlangen und andernfalls der Anspruch verwirkt sei⁶¹. Die Verwirkung des Anspruches nach verzögerter Rechtsausübung wäre allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu prüfen⁶². Ein Verstoß gegen Art.2 ZGB liegt aber nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer durch die arglistige Verspätung unbillig benachteiligt würde⁶³.

⁶⁰ Gewerbl. Schiedsgericht BS in SAZ 1975 Nr.44, 45 und in BJM 1975, 230 (U vom 15.02.1973 bzw. 25.02.1974).

⁶¹ Umgekehrt sei dieser "Grundsatz" auch auf den Arbeitnehmer anwendbar, der eine länger zurückliegende Ueber-einkunft betreffend Schadensregelung nicht neu aufrollen dürfe, wobei die Vereinbarung allenfalls auf Angemessenheit zu überprüfen sei (Gewerbl. Schiedsgericht BS in BJM, a.a.O.). Es handelt sich hierbei jedoch um völlig verschiedene Tatbestände.

⁶² Ebenso BRUEHWILER, a.a.O.

⁶³ BGE 59 II 392 f.

Das blosses Zuwarten kann nicht zur Verwirkung führen. Doch ist das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs zu prüfen, wenn beispielsweise der Arbeitnehmer im Glauben gelassen wurde, er habe für ein Manko nicht zu haften, und dies in der Absicht geschah, eine Kündigung zu verhindern.

V. Zusammenfassung

Im Falle der Mankohaftung ist der entgangene Gewinn des Arbeitgebers in die Schadensberechnung einzubeziehen; i.d.R. darf aber bei Fehlbeständen nicht der Warenverkaufspreis als Berechnungsgrundlage dienen. Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber die Vermögenseinbusse einkalkulierte.

Manki dürfen mit früheren Ueberschüssen nicht verrechnet werden, wenn nicht eine besondere Mankovereinbarung dies vorsieht.

Für die Schadenersatzbemessung bildet die Grösse des Verschuldens den Ausgangspunkt. Eine Reduktion der Ersatzpflicht ergibt sich aus dem Selbstverschulden des Geschädigten, der für eine fehlerhafte Betriebsführung wie auch für die Ueberforderung des Arbeitnehmers einzustehen hat und im übrigen gehalten ist, zur Verhinderung bzw. Verkleinerung des Schadens beizutragen. Die Ersatzpflicht ermässigt sich schliesslich bei Einwilligung des Geschädigten in die schädigende Handlung.

Der gesetzlichen Regelung der Arbeitnehmerhaftung fehlt die wünschbare Rechtssicherheit; die Schaffung klarerer Rechtsgrundlagen ist deshalb anzustreben. Ein Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers wäre mit Betriebsrisikoerwägungen zu rechtfertigen. Die in der neueren Lehre vorgeschlagene und zum Teil Praxis gewordene Festlegung einer Maximalgrenze des Schadenersatzes, die auf den Lohn des Arbeitnehmers abstellt, scheint hingegen nicht unproblematisch; die Schadenshöhe sollte jedenfalls nicht ausser acht gelassen werden. Die Lösung, den Arbeitnehmer mit einem von der Verschuldensgrösse abhängigen prozentualen Anteil des Mankobetrages zu belasten und so eine relative Limite festzusetzen, trägt der Forderung nach grösserer Rechtssicherheit Rechnung, ohne das Schadenersatzinstitut in seiner eigentlichen Funktion zu verändern.

Deshalb wird vorgeschlagen, die Haftung des Arbeitnehmers

bei leichter Fahrlässigkeit auszuschliessen, bei mittlerem Verschulden auf nicht mehr als die Hälfte des Schadensbetrages zu beschränken und bei grober Fahrlässigkeit dem Ermessensspielraum des Richters zu überlassen. Dabei liesse sich diese Regel heute schon auf die Fälle einer schadensgeneigten Arbeit anwenden.

Soweit die Lohnforderungen pfändbar sind, besteht die Möglichkeit der Verrechnung; bei vorsätzlicher Schädigung darf hingegen unbeschränkt verrechnet werden.

Für die Schadenersatzforderungen des Arbeitgebers gilt die zehnjährige Verjährungsfrist.

§ 11 Auflösung des Arbeitsverhältnisses

I. Die fristlose Kündigung

Die fristlose Kündigung¹ als Folge einer Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht wird im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, doch sieht Art.337 OR die jederzeitige fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen vor.

Ueber das Vorliegen wichtiger Gründe² entscheidet der Richter nach freiem Ermessen³; die Rechtsprechung hat dazu gewisse Richtlinien entwickelt⁴. Ein wichtiger Grund wird v.a. dann angenommen⁵, wenn dem kündigenden Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, insbesondere bei vollständiger Zerstörung des Vertrauens durch das Verhalten der anderen Partei⁶. Hierbei wird -angesichts der

¹Vgl. BOTSCHAFT 387 f.; BRUNNER, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages; FILLIETAZ 77; REHBINDER § 13 B III; SCHOOP 36; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 2 ff. zu Art.337 OR.

²Vgl. BRUNNER 26 ff.; ROGGWILLER, H.: Der 'wichtige Grund' und seine Anwendung im ZGB und OR (Diss. Zürich 1956); sowie die Beispiele bei FILLIETAZ, a.a.O. 77.

³Gemäss Art.337 Abs.3 OR entscheidet der Richter über das Vorhandensein eines Umstandes, der als wichtiger Grund gilt.

⁴Vgl.u.a. Gewerbegericht Zürich in: ZR 70 Nr.56 (U vom 1.04.1969); Gewerbegericht Zürich in: ZR 65 Nr.39 (U vom 19.02.1963); ObGer Zürich, II ZK, in: ZR 72 Nr.54 (U vom 15.05.1973); BGE 97 II 145 f.; 101 Ia 548 ff.

⁵Zum Ausdruck "namentlich" im Gesetzestext vgl. REHBINDER § 13 B III 1; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 4 zu Art. 337 OR.

⁶BGE 97 II 146.

Vgl. auch BRUNNER 26 f. zum Gesichtspunkt der Zumutbarkeit.

einschneidenden Folgen für den betroffenen Arbeitnehmer zu Recht ein strenger Massstab angelegt⁷.

Nicht etwa der angerichtete Schaden, sondern das diesem zugrunde liegende Verhalten des Arbeitnehmers muss massgebend sein und vermag mitunter die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zu begründen⁸. Für die Würdigung der Umstände und die hierbei stattfindende Interessenabwägung⁹ zählen nicht nur die Häufigkeit der Manki sowie die jeweilige Schadenshöhe; von Bedeutung sind vielmehr auch Verschuldensgrad und allfälliges Selbstverschulden des Arbeitgebers.

Die in der Praxis geübte Zurückhaltung¹⁰ lässt den Schluss zu, dass lediglich die vorsätzliche Schädigung bzw. Mankoverursachung als ein die Unzumutbarkeit begründender "schwerer" Fall zu beurteilen ist; bei grobfahrlässigen Handlungen erscheint seine Annahme wenigstens noch als naheliegend¹¹. Hingegen wird eine fristlose Kündigung ohne vorherige Verwarnungen (begleitet von Anleitungen zur Mankoverhinderung) nicht zuzulassen sein¹².

⁷ Vgl. GewerbeGer Zürich in: ZR 70, 154 (U vom 1.04.1969).

⁸ Vgl. die bei BRUNNER 29 in FN 24 zit. Lit.

⁹ Vgl. BARTON 134, insbesondere FN 8, 9.

¹⁰ Vgl. die o. in FN 4 zit. Entscheide; BJM 1974, 255; weitere Beispiele bei IZVEREN 139 f.

¹¹ Als wichtiger Grund hat auch die verschuldete berufliche Untauglichkeit und die hieraus resultierende ungenügende Leistung zu gelten.

IZVEREN 138 ist der Meinung, auch bei wiederholtem leichtfahrlässigem Verhalten könne eine fristlose Kündigung in Frage kommen. Darin ist ihm aber nicht beizupflichten. Allerdings kann eine leichte Fahrlässigkeit zur groben werden, wenn sich die Pflichtverletzung unter Missachtung von Ermahnungen wiederholt.

¹² Ein Grund zur fristlosen Kündigung sei bei "blosser Schlechterfüllung" i.d.R. nicht gegeben, meint auch REHBINDER § 8 C II 2; anders sei es u.U. bei Vorsatz. Zu den Wirkungen der ao. Kündigung vgl. REHBINDER § 13 B III 3.

II. Die ordentliche Kündigung

Wurde das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen, steht dem Arbeitgeber das Recht zu, unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen (Art. 336a ff. OR) das Verhältnis aus beliebigen Gründen aufzulösen¹³. Bei Vereinbarung einer bestimmten Vertragsdauer, wo diese Möglichkeit nicht gegeben ist, wird der Arbeitgeber, der zu viele und zu grosse Manki in Kauf zu nehmen hat, sich (nach erfolglosem Ergreifen von Massnahmen¹⁴) auf einen der erwähnten Umstände berufen, um das Verhältnis ausserordentlich aufzulösen. Daneben kommt auch die Anfechtung des Vertrages unter Berufung auf Irrtum bzw. Täuschung in Frage¹⁵.

¹³ Zum Kündigungsschutz vgl. FILLIETAZ 79 ff.; REHBINDER § 13 B II 2; SCHWEINGRUBER, Kommentar N 1 ff. zu Art. 336e OR.

¹⁴ Aus dem Regulativ "Manko-Kommission" eines Grossbetriebes im Detailhandel:
"Aufgaben und Kompetenzen des Ausschusses:
(...) Aufgrund der jeweils vorliegenden kumulativen Inventurergebnisse entscheidet der Ausschuss über die zu treffenden Massnahmen:
- Mahnungen an (...) -Leiter
- Teilnahme (...) an Instruktionkursen
- Versetzung (...)
- Auflösung von Arbeitsverhältnissen (...)"

¹⁵ Vgl. REHBINDER § 13 B II 2 d.

§ 12 Disziplinar-massnahmen

Verstösse gegen allgemeine Anordnungen, die sich auf "die Durchführung und Kontrolle des betrieblichen Arbeitsganges" beziehen¹, und gegen besondere Weisungen, durch welche die Einzelheiten der Ausführung der Arbeit und "das Verhalten in konkreten Situationen im Betrieb"¹ bestimmt werden, können -soweit in der Betriebsordnung angemessen geregelt (Art.38 Abs.1 ArbG)- vom Arbeitgeber mit betrieblichen Sanktionen geahndet werden². Als solche kommen Verwarnungen, Verweise³ und Betriebsbussen in Betracht⁴; auch muss der Arbeitnehmer etwa eine Versetzung als angemessene Massnahme in Kauf nehmen⁵.

Einigermassen fragwürdig erscheint in diesem Zusammenhang die Massnahme der Lohnherabsetzung unter gleichzeitiger Be-lassung des Arbeitnehmers in dessen bisheriger Stellung⁶; jedenfalls sollte damit nicht eine Umgehung der gesetzli-

¹BOTSCHAFT 309.

²"1. Angestellte, deren Leistungen oder Verhalten zu Be-anstandungen Anlass geben, sind seitens der Coop mündlich oder schriftlich zu verwarnen.

2. Bleibt die Verwarnung ohne sichtbaren Erfolg, so kann Coop je nach den Umständen:

a) Versetzung in eine andere Abteilung oder Ver-kaufsstelle;

b) Herabsetzung des Lohnes;

c) Sistierung der Lohnaufbesserungen;

d) Kündigung oder fristlose Entlassung, gemäss OR, Art.337, verfügen" (GAV Coop Winterthur/Schaff-hausen (...) vom 1.01.1979, Art.8).

³In mündlicher oder -in schwerer wiegenden Fällen- in schriftlicher Form (so z.B. bei der DENNER AG).

⁴Vgl. REHBINDER § 8 C II 3.

⁵Es handelt sich hierbei um eine mitunter harte Mass-nahme, auch wenn sie nicht mit einer Lohnherabsetzung verbunden ist.

⁶Sind z.B. wesentlich häufiger bzw. jeweils grössere Manki zu verzeichnen als bei Vorgängern in derselben Funktion, so wird man eine Versetzung doch als zweckmässiger be-trachten.

chen Haftungsvorschriften möglich werden⁷.

Da für die Mankohaftung die Schadenersatzpflicht von erheblich grösserer Bedeutung ist, darf eine weitergehende Erörterung der Disziplinar massnahmen im Rahmen der vorliegenden Arbeit unterbleiben.

⁷Vgl.o. § 5 IV und § 9 III.

Schlussbemerkungen

Auf die allgemeine Mankohaftung finden die gesetzlichen Normen Anwendung, die auf alle übrigen Fälle einer Arbeitnehmerhaftung zutreffen; dies gilt für materiell- wie für prozessrechtliche Bestimmungen. Irgendwelcher Sonderregelungen bedarf es nicht.

Eine Besonderheit stellen die Mankovereinbarungen dar, die aber aufgrund der heutigen gesetzlichen Regelung der Arbeitnehmerhaftung von eher geringer Bedeutung sind. Wie dargestellt, beeinflussen Nebenabreden die Mankohaftung nicht und sind von dieser völlig unabhängig. Was die eigentlichen Haftungsvereinbarungen anbelangt, lässt das Gesetz den Vertragspartnern wenig Raum: Das schweizerische OR verbietet jede Abänderung der Haftungsnorm zu Ungunsten des Arbeitnehmers und damit jegliche Haftungsverschärfung.

I. Die Mankohaftung in der Praxis

Obwohl nur Anwendungsfall der allgemeinen Arbeitnehmerhaftung, erscheint die Mankohaftung als besonders geeignet, die Gefahr einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme des Arbeitnehmers für Arbeitgeberschäden zu verdeutlichen. Zu wenig Beachtung wird nämlich den Haftungsvoraussetzungen der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens sowie den Herabsetzungsgründen geschenkt. Ebenso wird häufig in Haftungsvereinbarungen der relativ zwingende Charakter der gesetzlichen Regelung ausser acht gelassen.

II. Kritische Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung der Mankohaftung

Von zentraler Bedeutung für die Mankohaftung ist die gesetzlich vorgeschriebene Berücksichtigung des Berufsrisikos, denn die der Mankohaftung unterliegenden Arbeitnehmer

werden häufig (ja sogar in der Regel) mit schadensgeneigten Tätigkeiten betraut.

De lege lata ist in jedem Mankohaftungsfall die Gefahrneigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu prüfen. Das führt zu grosser Rechtsunsicherheit, die nach der Schaffung klarerer Rechtsgrundlagen ruft. Zum einen erscheint der generelle Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit gerechtfertigt (wobei dann auf die Erwähnung des Berufsrisikos im Gesetzestext verzichtet werden könnte). Zum anderen ist unter Ablehnung der in der neueren Literatur vorgeschlagenen generellen Haftungsbeschränkung anzustreben, dass die Belastung des Arbeitnehmers über einen bestimmten (von der Verschuldensgrösse abhängigen) prozentualen Anteil des Schadensbetrages hinaus untersagt wird. Dabei wäre bei mittlerem Verschulden die Hälfte des Schadens als obere Grenze der Ersatzpflicht als angemessen zu bezeichnen. Jedenfalls müssen für eine Beschränkung der Schadenersatzpflicht sowohl der Grad des Verschuldens als auch die Schadenshöhe in Betracht gezogen werden.

Die hier vorgeschlagene Regel liesse sich heute schon auf die Fälle einer schadensgeneigten Arbeit anwenden.

Bezüglich der Beweislast gelangen für die Arbeitnehmerhaftung die allgemeinen Normen des Vertragsrechts zur Anwendung, was mitunter zu recht unbefriedigenden Ergebnissen führt. Wünschenswert ist daher eine spezifisch arbeitsrechtliche Regelung der Beweislastfrage durch eine der Verschuldenshaftung angepassten Sondernorm.

LEBENS LAUF

Im Dezember 1949 als Bürger von Trogen/AR in Zürich geboren, besuchte ich in meiner Geburtsstadt die Primar- und anschliessend die Mittelschule, um mich nach Erhalt des Maturitätszeugnisses Typus B (1970) an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich einzuschreiben.

Zur Finanzierung der Studien führte ich 1971 - 1975 eine Galerie in Zürich.

1975 war ich in der Lage, das zwei Jahre zuvor unterbrochene Rechtsstudium fortzusetzen. Bis zum Erwerb des Lizenziates im Februar 1977 unterrichtete ich verschiedentlich als Vikar an Sekundar- und Realschulen.

Von Mitte 1977 bis Ende 1978 als Auditor bei der Bezirksanwaltschaft Zürich sowie als Auditor und Gerichtssekretär beim Bezirksgericht Zürich tätig, war ich daneben mit der Ausarbeitung der Dissertation beschäftigt. Im September 1978 erfolgte die Wahl zum a.o. Bezirksanwalt für den ganzen Kanton Zürich mit Amtsantritt am 1. Januar 1979.

